المكتبة القانونية

الانتفاع بالمرهون بين الشريعة والقانون

دكتور

محمود عبد الرحيم الديب

مدرس القانون المدنى

كليـة الشريعـة والقانـون بدمنهـور

١٩٩٩م

دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ ش سوتير - الازاريطة - الاسكندرية ت : ٤٨٢٨٠٩٩

قال تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾

النســـاء آية رقم ٢٩ صدق الله العظيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، الذى هدانا إلى الحق وإلى طريق مستقيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وخاتم النبيين ورحمه الله للخلق أجمعين. اللهم صلى وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه الغر الميامين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد

فإن فكرة الإنتفاع بالمرهون من الأفكار الهامة في مجال التأمينات العينية، إذ أنها تبرز - وإلى حد كبير - جانب هام من جوانب التعامل بين الناس. حيث شرع الرهن أساسا لفك كرب المكروبين، وسد حاجة المحتاجين، وبه توثق الديون، ويأمن الدائن معها غائلة المدين، وتعرضه للاعسار أو عدم قدرته على سداد الدين. وهذا التعامل - بهذه الصفة - حرى به أن يسير في نهجه القويم، حتى لاتصيبه آفة تخرجه عن الطريق المستقيم، فيظن الدائن أنه أصبح صاحب حق في منافع المال المرهون، فيقرض الآخرين طمعا في منافع مايقدمونه من رهون. ويعتقد أو يزعم أن ذلك حق خالص له، وأنه سد حاجة المحتاج، فلاينكر عليه عود بعض الفوائد إليه. وهذا زعم مرفوض، ووهم موؤد لأن الشرع والقانون يغلقان عليه هذا الطريق. حيث يقرران أن منافع المرهون وفوائده وزوائده هى ملك لصاحبه، ولايجوز لأى من الراهن أو المرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الآخر(١) حتى لايضار الراهن، ولايطمع

---

(١) الشيخ/ على الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربى، رقم ٣، ص٤٧٠.

المرتهن وهذه إحدى النقاط الهامة في مجال الرهن كتأمين عينى .

بيد أن هذه الفكرة يكتنفها كثير من الصعوبات تبدأ بكيفية انتقال المال ـ محل الرهن ـ من الراهن إلى المرتهن، والطريقة المناسبة لهذا الانتقال، ومتى يتم ذلك، وهذا مايعرف قانونا بالتسليم للمال المرهون وشرعا بقبض المال المرهون. ثم تأتى مسألة استغلال المال المرهون، وهل يستغل أم يترك دون استغلال، حتى تضيع فائدته، وتنخفض قيمته، والإسلام ماأراد بالأموال أن تترك دون تشغيل لها، وأخذ الثمار من ورائها، لتعود غلتها على من يقوم باستغلالها .

ومن هنا وجدنا فكرة الاستثمار للمال المرهون، وكيفيته شرعا وقانونا ثم تأتى المعضلة الحقيقية في هذا الموضوع وهو أن المال المرهون ـ بعد تسلمه أو قبضه ـ يكون في حوزة الدائن المرتهن، ومن ثم فإن الانتفاع به يكتنفه كثير من الصعوبات، فلايستطيع الراهن أن ينتفع به، بالرغم من كونه مالكا له، إذ حيازته تكون للدائن المرتهن، والانتفاع يقتضى الحيازة والاستيلاء المادى على هذا المال ليتمكن الراهن من ذلك. مع العلم بأن تخلى المرتهن عن حيازة المال المرهون قد يبطل الرهن، ومن هنا كانت الصعوبة، في الوقت الذى لانستطيع فيه الانكار على الراهن حقه في الانتفاع بماله المرهون. وليس جانب المرتهن بأحسن حظا من الراهن، فبالرغم من حيازته للمال المرهون إلا أنه لايستطيع الانتفاع به، لأنه لايملكه، وحيازته لهذا المال حيازة عرضية، سرعان ماتنتهى .

ومن ثم فإننا إذا ماسلمنا بهذا المنطق، ظل المال المرهون معطلا بلا استغلال، وبالتالى تضيع فائدته المرجوة من وراء استغلاله، فيكون مالا

عاطلا بدلا من أن يكون مالا منتجاً .

ولهذا كان اختيارى لهذا البحث من أجل إيجاد الوسائل المناسبة لحل هذا الغموض، والتغلب على هذه الصعاب . ليتمكن الراهن من الانتفاع بالمال المرهون، كما يتمكن المرتهن كذلك من هذا الانتفاع، وإيجاد الأسس التى تمكن كلا منهما من الانتفاع، والطريقة التى يتم بها الإنتفاع بالمال المرهون. ونتائج هذا الانتفاع، سواء كان من الراهن أم كان من المرتهن .

كل ذلك كان هدفى من وراء هذا البحث، الذى اعتقد أنه قد يكون لبنة في هذا الموضوع، ترسى بعض الأحكام، وتفتح المجال لتأسيس البعض الآخر. واعترف بداية أن البحث كان شائكا، وأننى بذلت فيه جهدا متواضعا، ليخرج بهذه الصورة، التى أتمنى من الله عز وجل أن يكون التوفيق فيها حليفى. إنه نعم المولى ونعم النصير. كما أسأله سبحانه أن يكون ذلك في ميزان الحسنات يوم القيامة .

هذا وقد تناولت فكرة الانتفاع بالمرهون بين الشريعة والقانون في تمهيد وفصلين وخاتمة، فصلت فيها القول تفصيلا، وشرحت كل الصعوبات التى تواجه هذه الفكرة بأسلوب - أتمنى - أن يكون سهلا ميسراً، مقارنا في ذلك بين الفقه القانونى والفقه الإسلامى، موضحا أهم نقاط الاتفاق والاختلاف بين كل من الفقهين .

والله من وراء القصد وهو الهادى إلى سواء السبيل

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته

د/ محمود عبد الرحيم الديب

الأسكندرية في ١٥ يناير ١٩٩٩م

تمهيد

في بيان حقيقة الرهن
في القانون المدنى والفقه الإسلامى

أولاً : حقيقة الرهن في القانون المدني :-

١ - **تعريف الرهن** يطلق الرهن في الفقه القانونى ويقصد به نوعان : -

أ - الرهن الرسمي : -

وعرفه القانون المدنى المصرى بالنص عليه في المادة ١٠٣٠ بأنه «عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أى يد يكون»[(١)] .

ويتضح من هذا التعريف أن الرهن الرسمى يطلق على العقد الذى يرتب للدائن حق عينى على عقار مخصص لوفاء دين له، ويطلق أيضاً على الحق

---

(١) ورد هذا النص في المادة ١٤٣٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «الرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار الضامن لوفاء الدين، ويكون للدائن بمقتضى هذا الحق أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون، ولو انتقل هذا العقار إلى أى شخص آخر» وفي لجنة المراجعة أجرى تعديل على هذا النص إلى النص الوارد في التقنين المدنى الجديد، ووافقت عليه اللجنة بهذا التعديل تحت رقم ١١٢٥ في المشروع النهائى، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١١١، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ١٠٣٠، وهو ماعليه الأن (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص٧).

العينى الذى ترتب للدائن ضماناً لوفاء دينه .

بيد أن هذا التعريف للرهن الرسمى لايبرز خاصية عقد الرهن الرسمى وهو كونه عقداً لايحوز الدائن فيه المال المرهون[1] كما أنه ذكر الثمن فقط ولم يذكر أو يشر إلى مايقوم مقام الثمن كالتعويض ومبلغ التأمين (م ١٠٥٦)، مما يعد عيبا فيه كذلك[2] في حين نجد أنه ذكر خاصتى التقدم والتتبع، وهما من خواص الحقوق العينية التبعية على وجوه العموم. وهذا يعنى أن التعريف غير جامع في الحالتين الأوليين، وغير مانع في الحالة الأخيرة ويفترض في التعريف الصحيح أن يكون جامعاً مانعاً.

هذا ويرى بعض الفقهاء أن إطلاق اصطلاح الرهن الرسمى على العقد الذى ينشىء الحق العينى التبعى لمصلحة الدائن إنما هو من فعل المشرع، إذ الغالب في الفقه اطلاق هذا الاصطلاح على الحق العينى التبعى الذى يتولد عن العقد لمصلحة الدائن، فيقال «حق الرهن» أو «الرهن» ويقصد التأمين العينى الذى يترتب على العقد الرسمى[3] هذا وقد اعترف المشرع بذلك في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى، حيث ذكر أنه يطلق الرهن على العقد الرسمى، وعلى الحق العينى الذى ينشئه هذا العقد[4] .

---

(١) د. عبد الناصر العطار، التأمينات العينية، ١٩٨٠، ص٧ .

(٢) د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، ١٩٦٣، بند ٥، د. عبد المنعم البدراوى، التأمينات العينية، ١٩٨٩ ص١١ بند ٧، د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، ١٩٨٤ مؤسسة الثقافة الجامعية، ص٩٢ .

(٣) د. محمود جمال الدين زكى، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩، ص١٦١ بند ٧٩ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٧، ص١٠ .

ويمكن القول بأن عقد الرهن الرسمى هو عقد شكلى، حيث لايكفى التراضى لانعقادة، بل لابد من افراغة في محرر رسمى، ومن ثم فإنه يلزم لانعقاده مراعاة الشكل الخاص وهو الرسمية في العقود، ومن هنا جاءت تسميةالرهن بأنه رسمى[١]، هذه الرسمية المتخلفة عن القوانين القديمة، وعلى وُجه التحديد القانون الفرنسى القديم، حيث كان كل عقد رسمى يرتب رهناً، فلما بطلت هذه القاعدة وأصبح لابد من اتفاق خاص حتى ينشأ الرهن، ظل المشرع الفرنسى مع ذلك متأثراً بهذا التلازم بين الرهن والرسمية، فقرر في قانون نابليون أن الرهن الاتفاقى لاينشأ إلا بعقد رسمى (م ٢١٢٧) وهذه هى نفس القاعدة التى قررها المشرع المصرى في المادة ١٠٣١/ ١ بقوله: «لاينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية»[٢].

إلى جانب ذلك نجد أن عقد الرهن الرسمى عقد ملزم لجانب واحد هو الراهن[٣]، كما أنه عقد تبعى إذ ينشأ تابعاً للدين المضمون وهو من عقود الضمان، ويعتبر من عقود المعارضة إذا كان الراهن هو المدين أو الكفيل العينى الذى أخذ مقابلاً للرهن، ويعتبر من عقود التبرع إذا لم يأخذ مقابلاً لذلك[٤]

(١) د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص٨.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، ١٩٨٥، ص١٣٩ ومابعدها، بند ٦٠.

(٣) يلاحظ أن الرهن الرسمى عقد ملزم لجانب واحد من حيث الأصل، حيث تعتبر نفقات الرهن عبئاً على الراهن وحده مالم يقض الاتفاق بغير ذلك. (م ١٠٣١/ ٢ مدنى).

(٤) د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص٨ د. محمد على الفقى، استثمار الدائن المرتهن وإدارتة لمحل الرهن الحيازى، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٧، ص١٧، بند ٤.

ويتضح مما سبق أن عقد الرهن الرسمى له عدة خصائص، يمكن ايجازها فيما يلى : -

١ - الرهن حق عينى حيث يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء موضوع الحق يستعملها دون وساطة شخص آخر وهذه السلطة - على خلاف الحقوق العينية الأصلية - لاتخول صاحبها حقاً في استعمال الشيء أو استغلاله، كما هو الحال بالنسبة للرهن الحيازى، وإنما تخول له فقط استيفاء حقه من المقابل النقدى للعقار المرهون، أو مايقوم مقامه - كما سبق في نقد التعريف - وذلك بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة، ولو انتقلت ملكية العقار المرهون من الراهن إلى الغير، لأن هذا الحق له حجيته في مواجهة الجميع بشرط أن يكون مشهراً أى مقيداً[1] .

٢ - الرهن الرسمى حق عينى تبعى، فهو تابع لغيره، لاينشأ إلا تبعاً لحق أصلى يقوم على ضمان الوفاء به، وهذه التبعية هى التى تسيطر على أحكام الرهن الرسمى، فلايقوم الرهن إلا بقيام الدين المضمون به، كما أنه يسير مع الدين وجوداً وعدماً. فكل رهن رسمى يفترض إذن وجود التزام صحيح يضمنه هذا الرهن، فإذا اعتور الالتزام الأصلى عيب يؤدى إلى بطلانه أو إبطاله أو نقضه، اختفى الرهن مع الالتزام، بغض النظر عن طبيعة هذا الالتزام[2] .

---

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف ١٩٨٢، ص٣٤ ومابعدها، بند ١٥ .

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدنى، جـ١٠، في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ١٩٩٤، ص٣٢٠ ومابعدها بند ١١٩ .

٣ ـ الرهن الرسمى لايرد إلا على العقارات، فله صفة عقارية لأنه يرد على العقار كقاعدة عامة، ويعتبر مالاً عقارياً كل حق عينى يقع على عقار (م ٨٣ مدنى) ومن ثم فإنه لايجوز رهن المنقول رهناً رسمياً، لأنه يصعب على الدائن أن يتتبعه عند الراهن أو من يتصرف له الراهن فيه، وذلك لسهولة نقله وإخفائه، فضلاً عن كسب ملكيته بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، بالاضافة إلى أن المنقولات لاتخضع لنظام الشهر وكثرتها وسرعة تداولها، لما يخشى معه على حقوق الغير، فكان من المناسب أن يتم رهن المنقول رهناً حيازياً، بحيث يحوزه الدائن أو نائب عنه «عدل» وفي هذه الحيازة محافظة على حقوق الدائن المرتهن وإعلام الغير برهن المنقول، وهذا مايتحقق بشهر الرهن إذا كان على عقار، وهو الرهن الرسمى[1] .

٤ ـ ويتميز الرهن الرسمى أخيراً بأنه غير قابل للتجزئة، فالعقار المرهون كله ضامن لأداء الدين كله، بحيث أن «كل جزء من العقار أو العقارات المرهونة ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار أوالعقارات المرهونة كلها مالم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك» (م ١٠٤١ مدنى). فالقاعدة أن الرهن لايتجزأ، سواء من حيث العقار المرهون أم من حيث الدين المضمون، أى أن الرهن يظل كاملاً حتى ولو انقسم العقار المحمل به، أو انقسم الدين المضمون به وهذا من المؤكد في مصلحة الدائن، إذ فيه تقوية للضمان[2] .

---

(١) د. عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص١٦ ومابعدها بند ٩ .

(٢) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص١٠٠ .

هذا ويلاحظ أن العقار المرهون رهناً رسمياً يبقى في حيازة الراهن ولا ينتقل إلى حيازة الدائن المرتهن، وهذا من مزايا الرهن الرسمى، لأنه لن يشغل الدائن المرتهن بعبء إدارة العقار، كما أنه يتيح لمالك العقار (الراهن) أن يحسن استغلاله. غير أن هذه الميزة لاتخلو من غرر، لأنها تيسر للراهن التصرف في العقار المرهون ببيع أو غيره، وهذا مايفتح الباب للنزاع بين الدائن المرتهن والغير الذى يكسب حقاً على العقار، ولا يسعف القول بوجوب شهر الرهن الرسمى عن طريق قيده في سجلات الشهر العقارى للقول بضرورة علم الغير بوجود هذا الرهن، فهذا القول لايتحقق عملاً من الناحية الموضوعية، ومن ثم قد يرتب الغير حقا على العقار المرهون دون علمه بوجود الرهن، ثم يفاجىء بعد ذلك بوجود رهن عليه، مما يثير المشكلات العملية بين الدائن المرتهن والغير. ولهذا فإننا نرى - من وجهة نظرنا على الأقل - أن الفقه الإسلامى صاحب نظرة شاملة لمصالح العباد في الحال والمآل، وذلك بعدم اعتداد بالرهن إلا إذا كان حيازياً على نحو ماسيأتى في حينة بمشيئة الله تعالى.

ب - الرهن الحيازى :-

وقد عرفه أيضاً القانون المدنى بالنص عليه في المادة ١٠٩٦ منه، حيث نصت على أن «الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخول حبس الشىء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا

الشىء في أى يد يكون[1] .

ويلاحظ على هذا التعريف مالوحظ على تعريف الرهن الرسمى، حيث أن المشرع قد استعمل لفظ عقد الرهن الحيازى باعتباره مصدر الحق الرهن، كما أنه استعمل عبارة الرهن الحيازى لتطلق على الحق العينى ذاته الذى ينشئه هذا العقد. وقد تضمن أيضاً هذا التعريف مضمون هذا الحق، بما يحوله للدائن من حق الحبس والتقدم والتتبع وذلك من خصائص الحقوق العينية التبعية بصفة عامة. ويلاحظ أخيراً أن المشرع قد استعمل كلمة «ثمن الشىء» بالرغم من تعلق حق الدائن بما يحل محل العقار كالتعويض ومبلغ التأمين، وكان الأحرى بالمشرع أن يستعمل لفظ أوسع، خاصة وأنه قد أشار إليه في موضع آخر غير هذا التعريف، وذلك في مجال الضمان حيث قضى بسريان أحكام المادتين ١٠٤٨، ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشىء المرهون رهناً رسمياً أو تلفه على الرهن الحيازى، ثم ذكر مانصه «وبانتقال حق الدائن من الشىء المرهون إلى ماحل محله من حقوق»[2] وأرى أن المشرع لو استعمل عبارة «المقابل النقدى» بدلاً من عبارة ثمن الشىء الواردة في التعريف لكان أوفق، ليتناول ثمن العقار أو مايقوم مقامة في حالة الهلاك، كالتعويض ومبلغ التأمين كما ذكرت ويمكن القول بأن تناول المشرع المصرى للرهن الحيازى

---

(١) ورد هذا النص في المادة ١٥٣٠ من المشرع التمهيدى، وعدلته لجنة المراجعة تعديلاً لفظياً، وأصبح رقمه ١٢٠٠ في المشروع النهائى، ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١١٨٥ وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت اللجنة بلفظ «عدل» لفظ «أجنبى» فصار النص كما هو الآن في القانون المدنى الجديد تحت رقم ١٠٩٦، ووافق مجلس الشيوخ عليه كما عدلته لجنة مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٧، ص١٩١ ومابعدها).

(٢) م ١١٠٢/ ٢ من القانون المدنى.

وتعريفة له على النحو السابق بيانه، إنما يختلف عن تناوله له في القانون المدنى القديم، حيث كان القانون المدنى القديم يعتبر الرهن الحيازى عقداً عينياً، به يضع المدين شيئاً في حيازة دائنه أو في حيازة من اتفق عليه العاقدان تأميناً للدين[1] ومن ثم كان الرهن الحيازى لايتم إلا إذا وضع المدين الشيء المرهون في حيازة الدائن أو الأجنبى الذى اتفق عليه المتعاقدان، أما في القانون المدنى الجديد فقد أصبح تسليم الشيء المرهون التزاماً يتولد عن عقد الرهن الحيازى بعد تمامه، ولم يعد التسليم ركناً لايقوم العقد بدونه كما كان عليه الحال في القانون المدنى القديم، ومن ثم فقد أصبح الرهن الحيازى عقداً رضائياً ينعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول دون حاجة إلى التسليم، ويتضح ذلك من نص المادة ١٠٩٦ سالفة الذكر. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه «يلاحظ من تعريف الرهن الحيازى أن رهن الحيازة يختلف عن الرهن الرسمى في أنه عقد رضائى، وقد أصبح التسليم فيه التزاماً لا ركناً»[2].

ولهذا نجد أن من أهم خصائص الرهن الحيازى أنه عقد رضائى، بعد أن كان عقداً عينياً في القانون المدنى القديم، حيث لايشترط له في ظل القانون المدنى الجديد وجود الرسمية أو التسليم، وإنما أصبح التسليم مجرد التزام يقع على عاتق الراهن، ومن ثم قد يقوم العقد صحيحاً دون تسليم، فإذا لم يتم

---

(١) م ١/٥٤٠ ، ١/٦٦٢ مدنى قديم.
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٧، ص١٩٣ وراجع في ذلك تفصيلاً: د. محمود جمال الدين زكى المرجع السابق، ص٣٥٩ ومابعدها، بند ٢١٥.

التسليم للشىء المرهون فإن الراهن يكون قد أخل بالتزامه، مما يعطى للدائن المرتهن الحق في طلب فسخ العقد أو المطالبة بتأمين آخر غير هذا الرهن ـ الذى لم يتم تسليمه ـ، ويجوز له أن يطالب بتعويض في كل الأحوال، إن كان للتعويض مقتضى، وذلك وفقاً للقواعد العامة في هذا الشأن.

كما أن عقد الرهن الحيازى يعتبر من العقود التبعية التى تنشأ ضماناً لدين أصلى، فهو إذن عقد تبعى ضامن لالتزام أصلى، ومن ثم يرتبط به من حيث وجوده وصحته وانقضائه، مالم ينص القانون على غير ذلك. ويلاحظ كذلك أن الرهن الحيازى كالرهن الرسمى لايقبل التجزئة، فكل جزء من الشىء المرهون ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بالشىء المرهون كله، مالم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك[1].

ويلاحظ أخيراً أن الرهن الحيازى من العقود الملزمة للجانبين بدون خلاف، بعد أن كان الخلاف موجوداً في ظل القانون المدنى القديم، حيث كان البعض يعتبر الرهن الحيازى ماهو إلا عقد ملزم لجانب واحد هو جانب المدين الراهن الذى لاينعقد العقد إلا بتسليمه للشىء المرهون، باعتبار التسليم ركناً في قيام العقد لايوجد العقد بدونة[2]، أما وقد أصبح الرهن الحيازى عقداً رضائياً فقد أصبح بذلك عقداً ملزماً للجانبين، حيث يلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على الشىء المرهون، واستثماره وإدارته، ورده عند انقضاء الرهن، وتقديم حساب عن ذلك. كما يلتزم المدين الراهن، بتسليم العين المرهونة،

(١) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢١٢ بند ٢٣٠.

(٢) أنظر د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص٢٩٥ هامش (١).

منقولاً كانت أم عقاراً، إلى الدائن المرتهن أو الأجنبى المتفق عليه، كما يلتزم كذلك بضمان الشيء المرهون[1] .

ويمكن القول بأن للرهن الحيازى ـ على هذا النحو ـ مزايا وعيوباً، فمن مزاياه أنه يسهل للدائن والمدين فكرة التأمين والضمان للدين، لأنه يتم بصورة عرفية دون حاجة إلى رسميات، كما يجعل للدائن حيازة الشيء المرهون واستغلاله وخصم غلته من المصروفات وملحقات الدين ثم من أصل الدين كما تيسر الحيازة للغير العلم بالرهن.

أما أهم عيوب الرهن الحيازى فإنها تتمثل في حرمان المدين الراهن من الانتفاع بالشيء المرهون، حيث تكون حيازته للدائن المرتهن والذى قد لايحسن استغلاله كما لو كان في حيازة الراهن، بل كثيراً مالايتوافر في الدائن نفس الحرص الموجود عند المالك[2] .

بيد أنه من المفيد بعد ذكر حقيقة الرهن الرسمى والرهن الحيازى مع بيان خصائص كل منهما أن نعقد مقارنة بينهما، وذلك إكمالاً للفائدة. حيث يتفق الرهن الرسمى مع الرهن الحيازى في أمور، ويختلفان في أمور أخرى[3] ومن أهم الخصائص التى يتفق فيها كل منهما مايلى :-

١ـ لاينشأ الرهن الرسمى ومثله الحيازى إلا بعقد، ومن ثم فلاينشأ كل

---

(١) د. محمد الفقى، المرجع السابق، ص١٣ .

(٢) راجع في ذلك د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص٢٩٠، د. العطار، المرجع السابق، ص١٨٣ .

(٣) د. محمد الفقى، المرجع السابق، ص١٧ ومابعدها.

منهما بنص قانونى كما في حقوق الإمتياز، ولابحكم قضائى كما هو الحال بالنسبة للاختصاص.

٢ - يتضمن الرهن الرسمى ومثله الحيازى حقاً عينياً تبعياً، أى سلطة مباشرة على شيء معين، تكون ضامنة لدين معين، . ومن ثم فإنها تتبع الدين وجوداً وعدماً.

٣ - الحق في كل من الرهن الرسمى ومثله الحيازى لايتجزأ، ومن ثم تبقى سلطة الدائن المرتهن على المال المرهون كله، حتى يستوفى كل الدين المضمون، وذلك مالم ينص القانون أو يقضى الاتفاق بغير ذلك.

٤ - ينشيء الرهن الرسمى ومثله الحيازى للدائن المرتهن ميزة التقدم والتتبع للمال المرهون في أى يد تكون، وذلك للتنفيذ عليه واقتضاء الدين منه أو مما يحل محله كما في التعويض ومبلغ التأمين. مع ملاحظة أن تتبع المرتهن في الرهن الحيازى لايكون مادياً بل معنوياً، إذ الفرض أن الحيازة تحت يده فعلاً، ولذا فإن تتبعه يكون معنوياً، يستطيع بمقتضاها أن ينفذ على المال المرهون وهو في حيازته، بعد أن انتقلت إليه من الراهن(١) وذلك بخلاف التتبع المادى والمعنوى بالنسبة للرهن الرسمى، وهذا ماأعطى للدائن حق الحبس للمرهون في الرهن الحيازى دون الرسمى.

وإذا كان الرهن الرسمى يشترك مع الرهن الحيازى في الأمور السابقة، فإن الخلاف بينهما لايزال قائماً، ومن أهم صور الخلاف بينهما مايلى: -

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٧ ص٣٣٦.

أولاً : ينشأ الرهن الحيازى بعقد رضائى وذلك وفقاً للمفهوم الحديث للرهن الحيازى، حيث يكفى لنشوء تطابق الإيجاب والقبول لانعقاده، وبالتالى لايشترط فيه توافر الرسمية أو التسليم[1] وذلك بخلاف الرهن الرسمى، والذى يشترط لانعقادة توافر الرسمية، وبالتالى فلاينعقد بعقد عرفى، وإنما يشترط لتمام انعقادة افراغه في شكل رسمى.

ثانياً : محل الرهن الرسمى لايكون إلا عقاراً، ولذا فإن القيد يكون ضرورياً في الرهن الرسمى ليكون نافذاً في حق الغير. وبالتالى لايصح رهن المنقول رهناً رسمياً. في حين نجد أن محل الرهن الحيازى قد يكون عقاراً وقد يكون منقولاً، ولايعتبر القيد ضرورياً لسريان الرهن الحيازى في مواجهة الغير إلا إذا كان محله عقاراً.

ثالثاً : في الرهن الرسمى يبقى محل الرهن في حيازة صاحبة (المدين الراهن)، بينما يوجد التزام على الراهن بتسليم المرهون إلى المرتهن أو إلى أجنبى (عدل) يتفقان عليه، وذلك في الرهن الحيازى.

٢ ـ **التطور التاريخى للرهن**[2] :ـ

الرهن قديم قدم الإنسان، لأن الإنسان بطبعه مدنى يميل إلى الاختلاط

---

(١) هذا وفقاً للمفهوم الجديد للرهن الحيازى حيث أصبح التسليم فيه التزاماً يتولد بعد تمام إنعقادة، لاركناً من أركان انعقاده.

(٢) راجع في ذلك المستشار محمود فهمى يوسف، كتاب الرهن، ص٣ ومابعدها مشار إليه: د. رأفت حماد، المركز القانونى للعدل في الرهن الحيازى في القانون المدنى المصرى، ١٩٨٨، ص٢ ومابعدها.

بالغير، والتعامل مع الآخرين لسد حاجاته، ولذا فقد نشأت الحاجة إلى البيع والرهن وغيرهما من المعاملات.

ولقد عرفت الأمم السابقة الرهن فعرفة العبرانيون، كما عرفه قدماء المصريين، حيث كانوا يلزمون من يستدبن أن يقدم لدائنه عقاراً أو منقولاً، ضماناً لما يقرضه، وكان الرهن يبقى تحت يد المرتهن إلى الوفاء، فإذا وفى رد إليه الرهن مع ماقد يكون من زوائده. وهم أول من ابتكر الرهن الرسمى أى العقارى، لكنهم لم يخصصوه بالعقار، كما هوعليه الحال الأن، بل أجازوا أن يكون منقولاً أيضاً، كما أجازوا أن يكون الرهن حيواناً أو عيناً أو حقا من الحقوق التى للمدين، ويبقى المرهون تحت يد المدين الراهن يستغله لنفسه بدون تدخل من الدائن المرتهن، ويكون للمرتهن حق بيعه عند عدم الوفاء، ومن ثم تتبعه في أى يد يكون، وكان الإعلان عن الرهن يتم بالاعلان على لوح من الخشب يوضع في الأرض ويدون عليه اسم المرتهن وقيمة الدين، ثم تطورت طريقة الاعلان وأصبحت تتم أمام كاتب خاص بالعقود بحضور ستة عشر شاهداً، ثم تدرجوا إلى أن أوجبوا تسجيل الرهن في دفاتر عمومية منعاً للغش.

ولقد عرف اليونانيون الرهن أيضاً، وأخذوا الرهن العقارى عن القدماء المصريين. أما الرومانيون فلم يكن يعرفوا سوى الكفالة ضماناً للديون، ثم عرفوا الرهن من اليونانيين، واستعملوه، وكانوا في بداية الأمر يوجبون على المدين أن يتنازل عن ملكية رهنة مدة الرهن. ونظراً لأن ذلك يعرض المدين للخطر في حالة قيام المرتهن ببيعه، فقد خففوا من ذلك وأبقوا ملكية المرهون للراهن، وليس للمرتهن سوى حق الحبس فقط، كما هو الحال الأن بالنسبة

للرهـــن الحيـــازى.

ومن القانون الرومانى انتشر الرهن في سائر البلاد اللاتينية، وكذا كل بلاد العالم، حيث وضعت له شروط تتفق مع تقاليدها في المعاملات.

ولقد عرف العرب في الجاهلية الرهن، فكانوا يرتهنون ويشترطون إن لم يأت المدين بالدين عند حلول أجله، فـالرهن ملك للمـرتهن كـمـا يفـعل الرومـان. فلما جاء الإسلام وجد هذا الأمر مجحفاً للراهن، فـأبطل هذا الشرط، وأقر الرهن الحيازى بصورته المعروفة في القوانين الآن.

ثانياً: حقيقـة الرهـــن في الفقـــه الإســـلامي :-

١- تعـريـــف الرهـــن :-

يعـرف الرهن لغـة بأنه الثبـوت والدوام. يقـال رهـن الشيء رهنـاً: ثبت ودام، كما يقـال رهن بالمكان: أى أقام فيه، ومنه الحال الراهنة: أى الثابتة[١] ولهذا فـإن الرهـــن عندهم هو مايوضـــع وثيقـة للديـــن والرهـــان مثله، لكن يختص بما يوضـــع في الخطـــار، وأصلهـمـا مصـدر يقال رهنت الشيء وراهنتـه رهـــان فهـو رهـــين ومـرهـــون. ويقـــال في الجمـــع: رهـــان ورهـــن ورهـــون، وقرىء (فرهن مقبوضة) أى أنه فعيـــل بمعنى فاعـــل، أى ثابتة مقيمـــة، وقيل بمعنى مفعول: أى كل نفس مقامة في جزاء ماقدم من عمله، ولما كان الرهـن يتصور منه حسبـه، استعير ذلك لحبـس أى شيء

(١) المعجم الوسيط، جـ١، الطبعة الثالثة، مادة رهن لسان العرب لابن منظور، مادة رهن، المصباح المنير، جـ١ باب الراء مع الهاء ومايثلثهما.

كان[1] ومنه قوله تعالى: ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾[2] وقوله: ﴿ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ ﴾[3].

أما فقهاء المسلمين فقد عرفوا الرهن بتعريفات مختلفة.

فعرفة الحنفية بأنه «حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه» أي جعل عين ماليه متقومة وثيقة بدين يمكن للمرتهن أخذ الدين كله أو بعضه منها[4] أو هو حبس شيء مالي بحق يمكن استيفاؤة منه كالدين حقيقة أو حكماً[5] كما عرفه المالكية بأنه: «شيء متمول يؤخذ من مالكه توثقاً به في دين لازم أو صار إلى اللزوم. أو هو ماقبض توثقاً به في دين، فتخرج الوديعة، وماشاكلها»[6].

وعرفه الشافعية بأنه: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه[7] أو هو أخذ الوثاق في الحقوق[8].

كما عرفه الحنابلة بأنه: توثقة دين بعين، أى جعل عين مالية وثيقة بدين يمكن أخذه أو بعضه منها إذا كانت من جنس الدين، أو يمكن أخذه أو بعضه

---

(١) المفردات في غريب القرآن لابى القاسم الحسين بن محمد، المعروف بالراغب الأصفهانى (٥٠٢ هـ) مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر، كتاب الراء، مادة رهن.

(٢) سورة المدثر آية رقم ٣٨.

(٣) سورة الطور آية رقم ٢١.

(٤) المبسوط للسرخسى، جـ٢١، ص٦٣، تكملة فتح القدير، جـ١٠، ص١٣٥.

(٥) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار لابن عابدين، جـ٦، ص٤٧٧.

(٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص٢٣١.

(٧) المهذب للشيرازى، جـ١، ص٣١٢، مغنى المحتاج إلى معرفة معانى المنهاج للشربينى، جـ١، ص١٢١.

(٨) الحاوى الكبير للإمام الماوردى، جـ٧، ص٩٢.

من ثمنها إذا لم تكن من جنس الدين إن تعذر الوفاء من غيرها[1] .

وعرفه صاحب المجلة بأنه : حبس مال وامساكه في مقابل حق يمكن استيفاؤة منه[2] .

كما عرفه قدرى باشا بأنه : جعل شيء مالى محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بحق مالى يمكن استيفاؤة منه كلا أو بعضاً[3] .

ومن هذه التعريفات يتضح أن الرهن في الفقه الإسلامى يصح في الأعيان مطلقاً، أما الدين فقد اختلف الفقهاء في جواز رهنه، فذهب الجمهور والشافعية على الراجح عندهم أنه لايصح رهن الدين مطلقاً، بينما يرى المالكية والمرجوح عند الشافعية، أنه يصح رهن الدين ولو لغير من عليه[4] أما المنافع فلايجوز رهنها مطلقاً باتفاق بين الفقهاء، وإن كان يصح بيعها، لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمن المرهون، والمنافع تهلك باستعمالها ومن ثم لايوجد لها مقابل مادى محسوس[5] .

كما يتضح أن الرهن لدى الفقهاء المسلمين لايكون إلا بالقبض، أى قبض المرتهن للمال المرهون وتسلمه، وإن اختلفت صفة القبض هذه لدى

---

(١) كشاف القناع على متن الاقناع للبهوتى، جـ٣، ص٣٢٠، المغنى والشرح الكبير على متن المقنع لابن قدامة، جـ٤، ص٣٩٧ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة ٧٠١ .

(٣) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، مادة ٩٥٣ .

(٤) نقل هذا الخلاف الامام البعوى في التهذيب، جـ٤، ص٣ هامش (٢).

(٥) المغنى لابن قدامة، جـ٤، ص٤١٧ .

الفقهاء. حيث يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الرهن لاينعقد إلا بقبض المرهون وجعله محبوساً تحت يد المرتهن، مستدلين في ذلك بقوله الله تعالى: ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[1] ، حيث وصف الله الرهن بالقبض، وهو وصف لازم له لايفارقه. أما المالكية فيرون لزوم العقد بالايجاب والقبول، ومن ثم لايشترط لصحته أن يكون المرهون مقبوضاً، فالقبض ليس شرطاً في انعقاد الرهن ولا في صحته ولافي لزومه، بل ينعقد ويلزم بمجرد القول، ثم يطلب المرتهن الاقباض، قال ابن الحاجب يصح الرهن قبل القبض ولايتم إلا بــــه[2] ولهذا فإن رأى الجمهور في ذلك مشدد على الراهن مخفف على المرتهن، بينما رأى المالكية على العكس من ذلك، ولهذا فإن رأى الجمهور إنما يحمل على الأخذ بالأحوط، ومن كان حاله لايوحى بالصدق في أقواله وأفعاله، بينما يحمل رأى المالكية على من كان حاله الصدق فيما يقوله ويفعله كالأولياء والعلماء[3] .

وأخيراً نرى أن المالكية وحدهم ـ على مايبدو ـ قد أجازوا رهن الغرر، وهو ماكان خفيفاً، وإلا فلا، ولعلهم أرادوا بذلك أن يوسعوا على الناس قنوات مصالحهم، لاسيما في ظل رعاية الشريعة الاسلامية وصيانتها للرهن من عبث الجاهلية، حيث كانوا يرتهنون ويشترطون على الراهن إن لم يقض

---

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٣.

(٢) المبسوط للسرخسى، جـ٢١، ص٦٨، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٣، ص٢٣١.

(٣) أنظر في هذه اللطيفة: الميزان الكبرى الشعرانية لعبد الوهاب بن أحمد بن على الشافعى المصرى المعروف بالشعرانى، جـ٢، ص٩٧.

الدين إلى وقت كذا فالرهن يتملكه المرتهن فوراً، فأبطل رسول الله ﷺ هذا التعامل الخبيث بقوله «لايغلق الرهن من صاحبه» أى لايخرج عن ملك صاحبه، فهومهما كان على ملك الراهن[1] .

٢ ـ حكم الرهن وحكمته :ـ

الرهن مشروع في الفقه الإسلامى كما هو مباح ومنصوص عليه في الفقه القانونى ودليل جوازه شرعاً الكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[2] ذلك أن الله سبحانه وتعالى أمر على سبيل الندب بالتعامل بالرهن في حالة السفر، وذلك لحاجة الناس إليه، كما أجاز أيضاً الرهن في الحضر، لاسيما بعد تغير أحوال الناس، وخراب الذمم، مما يوجب طلب الرهن سداً لذريعة الفساد بأكل أموال الناس بالباطل، وإنما ذكر السفر وحده في الآية جرياً على الغالب من أحوال الناس[3] والأمر في الآية للندب لا للوجوب، إذ أن كتابة الدين وطلب الرهن لايكون مأموراً به إذا توافر الأمان لدى المتعاقدين، بدليل القرينة الصارفة للأمر من الوجوب إلى الندب وهى قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾[4] .

---

(١) حاشية الدسوقى، المرجع السابق، ص٢٣٢ . حيث ورد في تعريف المالكية للرهن بأنه بذل من له البيع مايباع ولو غرراً . أى ومالايباع لأجل مابه من غرر .

(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٣ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبى، جـ٢، ص١١٨١ ومابعدها .

(٤) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٣ .

وأما السنة : فمنها مارواه البخارى ومسلم بسندهما إلى عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودى طعاماً ورهنه درعاً من حديد[1] .

وفيه أن الرهن مشروع بالسنة كما هو مشروع بالكتاب، وفيها أيضاً جواز الرهن في الحضر كما هو جائز في السفر، إذ المعنى عام لايختص بواحد منها. وتخصيص الكتاب بالسفر إنما جرى مجرى الغالب في الأمور. حيث رهن النبى ﷺ درعه وكان مقيماً بالمدينة ولم يكن مسافراً، وهو دليل جواز الرهن في الحضر، والذى يضم إلى دليل الكتاب لجواز الرهن في السفر فكان الرهن جائزاً في الأمرين[2] .

أما الإجماع : فقد أجمعت الأمة على جواز الرهن في السفر، ولم يعرف لها مخالف في ذلك، أما الرهن في الحضر فقد أجمع جمهور الأمة وعامة علمائها على جوازه في الحضر أيضاً ولم يخالف في ذلك إلا قلة يسيرة من العلماء كابن حزم الظاهرى ومجاهد، ولاحجة لهم لثبوت فعله من رسول الله ﷺ حال الحضر، فضلاً عن أن علة التشريع للرهن كما توجد في حال السفر توجد أيضاً في حال الحضر[3] .

على أن حكمة الرهن ـ بعد القول بمشروعيته ـ إنما تتمثل في حاجة الناس إليه وعدم استغنائهم عنه، فهو يحقق مصالح كل من المدين الراهن والدائن

---

(١) صحيح البخارى بشرح فتح البارى جـ٥، ص١٤٢، صحيح مسلم بشرح النووى، جـ١١، ص٤٠ واللفظ في الحديث لمسلم.

(٢) المبسوط للسرخسى، جـ٢١، ص٦٤.

(٣) راجع المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٣٩٨.

المرتهن، ويعمل على حفظ الأموال وتداولها بين المحتاجين إليها.

ذلك أن التشريع الإسلامى كله عدل ورحمة وحماية وصيانة وصلة وبر، ولاغرو فهو دين قام على عنصرين هامين لاستقرار الحياة البشرية، هما الأخلاق والمادة، ولايستغنى أحدهما عن الآخر، فالاسلام ليس مادة طاغية ولاروحية خالصة[1].

ومن أجل هذا شرع الرهن ليحقق مصالح العباد في الحال والمآل: فيجد الراهن من يقرضه، عندما يقدم لدينه رهناً، إذ قلما يجد من يقرضه دون رهن، فكان الرهن وسيلة ميسرة لحصوله على مايلزمه من مال يصلح به حاله، وعندما يستطيع استرداد القرض فإنه يكون بإمكانه استرداد المال المرهون، وبذلك تتحقق مصالحه ويحفظ ماله، إذ برهنه يحفظه بطريقة أفضل من بيعه بثمن بخس لقضاء حاجته.

أما الدائن المرتهن فإنه يريد فعل الخير الذى يحث عليه الشريعة الغراء، من تقديم يد العون للمحتاجين، وهو يفعل ذلك إنما يبغى الأجر والثواب من الله، فإذا ماخشى ضياع ماله لفساد ذمة من يقرضه فإنه يستطيع أن يأمن ذلك عندما يقدم له رهناً يحفظ به ماله ويستطيع الوفاء منه عند تعذر المدين لوفائه، فضلاً عن أن الرهن - يحمل المدين على سرعة الوفاء لاسترداد ماله المرهون[2].

---

(١) أنظر: د. عبد السلام السكرى، الرهن وأحكامة وصور من المعاملات المعاصرة في الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة، ط ١٩٨٩، ص٢١.

(٢) الشيخ محمد محمد خطاب، رسالة في الرهن نال بها درجة العالمية من قسم الشريعة الإسلامية بجامعة الأزهر، آلة كاتبة، سنة ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٧م، ص٣٣.

يضاف إلى ذلك أن عموم الأدلة من الكتاب والسنة قاضية بفضل المعاونة وقضاء حاجة المسلم وتفريج كربته وسد فاقته، وهذا إن تحقق بالفعل بين الناس أدى إلى تماسك المجتمع المسلم وقوى أركانه وثبت دعائمه.

ثالثاً: مقارنة بين حقيقة الرهن في القانون المدنى والفقه الإسلامى :-

مما تقدم يتضح أن حقيقة الرهن في القانون المدنى إنما تتنوع إلى نوعين هما الرهن الرسمى والرهن الحيازى، في حين نجد أن الرهن لدى فقهاء المسلمين لايتنوع بل هو نوع واحد هو أقرب مايكون إلى الرهن الحيازى. حيث يشترك الرهن الحيازى في القانون المدنى مع الرهن الذى يعرفه فقهاء المسلمين في كثير من الأحكام، كما يرتبان معاً بعض الآثار المشتركة بينهما. فالرهن في الفقه الإسلامى يتفق مع الرهن الحيازى في القانون المدنى، في أن كلا منهما يشترط فيه قبض المرتهن للشىء المرهون، ونقل حيازته إليه، عقاراً كان أو منقولاً ـ لأن بالقبض يتحقق مع التوثق المطلوب من الرهن، فالمال المرهون مادام تحت يد مالكه فإنه يمكن أن يدعى أنه مارهن شيئاً، ويجحد عملية الرهن، أويدعى أنه وفي الدين وقبض المرهون، ولهذا فإن عملية القبض والتسليم للمال المرهون يعتبر من مميزات فكرة الرهن سواء في الفقه الإسلامى، أو الحيازى في القانون المدنى. وإن اختلفت صفة القبض والتسليم فيهما على نحو ما سيأتى ـ إن شاء الله تعالى.

كما يتفق الرهن في الفقه الإسلامى مع الرهن الحيازى في القانون المدنى في أن كلاً منهما يصح أن يكون محله عقاراً أو منقولاً، دون تخصيص بالعقار الذى يقول به فقهاء القانون بالنسبة للرهن الرسمى، ويتفقان كذلك في أن

العقد بينهما ملزم للطرفين، حيث يلتزم الراهن بتسليم المرهون للمرتهن، كما يلتزم المرتهن بحفظ المرهون وصيانته، ويعتبر الرهن في كل منهما عقد تبعى من عقود الضمان، ومن ثم فإنه يتبع الحق المرهون وجوداً وعدماً، فإذا انقضى الحق المرهون انقضى بذلك المال المرهون، واسترده مالكه من حائزه.

ويتفق الرهن في الفقه الإسلامى مع الرهن الحيازى في القانون المدنى في أن محل كل منهما ينبغى أن يكون قابلاً للبيع، وهى القاعدة التى يعبر عنها فقهاء المسلمين بقولهم: «كل ماجاز بيعه جاز رهنه» لأن المقصود من الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن المرهون إن تعذر استيفاءه من ذمه الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، ولأن ماكان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل لحكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته، أو يفوت شرط فينتفى الحكم لانتفائه[1] . وهذا ماذهب إليه أيضاً القانون المدنى، حيث تنص المادة ١٠٩٧ منه على أنه «لايكون محلاً للرهن الحيازى إلا مايمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى من منقول أو عقار، لذا نجد أحكام الرهن الحيازى والرهن في الفقه الإسلامى يشتركان في شرط من شروط محل الرهن، هذا مع وجود بعض الاستثناءات على هذه القاعدة في الفقهين معاً[2] .

---

(١) المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٤٠٠، بدائع الصنائع للكسانى الحنفى، جـ٦ دار الفكر ص٢٠٤ ومابعدها.

(٢) كبطلان رهن المال المستقبل على سبيل المثال بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص٢٠٥، وانظر المادة رقم ١٠٣٣/ ٢ من القانون المدنى، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢١٦، د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص٣٠٥، د. السنهورى، المرجع السابق، ص٨٧٩ ومابعدها.

كما يتفق الرهن الحيازى مع الرهن في الفقه الإسلامى في بقاء الرهن حتى يؤدى الدين، فكل المال المرهون يبقى ضامناً لكل الدين المضمون، ومن ثم فإن الرهن القانونى (الرسمى والحيازى) يتفق في ذلك مع الرهن في الفقه الإسلامى، حيث يعبر الفقه القانون عن ذلك بأن الرهن كل لايتجزأ، وذلك على نحو ماسبق بيانه. يضاف إلى ذلك فكرة التقدم والتتبع التى تعطى للدائن المرتهن في كل من الرهن الرسمى والحيازى، حيث توجد هذه الفكرة كذلك لدى فقهاء المسلمين عند تقريرهم لعملية الرهن، فإذا تعدد المرتهنون لشىء واحد فيقدم الأول فالأول، ثم الدائنون العاديون، وعلى ذلك يباع المرهون عند الاقتضاء، فإن كان ثمنه مساوياً لحق المرتهن أخذه، وإن كان فيه فضل رده على بقية الغرماء.

غير أن الفقه الإسلامى يختلف عن الفقه القانونى في جواز مطالبة المدين الراهن بفائدة مالية دون مقابل، حددها له القانون، لايجوز له الزيادة عليها. أما الفقه الإسلامى فلايجيز الفائدة المشترطة دون مقابل مهما قلت، فهذا هو عين الربا المحرم شرعاً.

وبهذا يتضح أن الرهن في الفقه الإسلامى ماهو إلا الرهن الحيازى في القانون المدنى، وهو الرهن الذى يصح أن يبحث فيه عن عملية الانتفاع بالمرهون ـ وهو أصل هذا البحث ـ حيث لايتم الانتفاع، ولاتقوم له قائمة إذا ظل المرهون في حيازة صاحبه، فأى انتفاع يثار حينئذ، والأصل أن لصاحب الشىء أن يستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه دون قيد أو شرط، اللهم إلا في بعض الحالات التى يتطلب فيها الفقه القانونى والاسلامى ضرورة مراعاة

حقوق الآخرين وذلك كله ماسنقوم بعرضه تفصيلاً في طيات هذا البحث.

أما الرهن الرسمى فهو معاملة مستحدثة جاءت بأحكامها القوانين الوضعية، واختلف فقهاء المسلمين في جوازها شرعاً[1].

فذهب رأى إلى عدم جواز الرهن الرسمى شرعاً، وذلك سداً للذرائع، حيث أنه وسيلة لأكل أموال الناس بالباطل، ذلك أن بعض الناس قد يشترون العقار جهلاً منهم برهنه، وذلك لبقاء المرهون تحت يد الراهن (صاحبه) ثم يفاجئون بعد ذلك، وبعد سداد ثمن العقار، بوجود الرهن، فضلاً عن وسائل الاحتيال التى يلجأ إليها البعض من قيد الرهن باسم يختلف عن اسم الراهن الحقيقى، وذلك رغبة منه في البحث عن مريد الشراء لشىء غير مرهون باسمه، وماأكثر هذه الطرق في ظل فساد الذمم وخرابها الآن. ويرى هذا الفريق من الفقهاء أن الرهن الرسمى بهذا يشتمل على شرط فاسد، هو عدم قبض المرتهن للشىء المرهون، والعقد إذا اشتمل على شرط فاسد فإنه يبطل برمته عندهم عملاً بقاعدة النهى يقتضى الفساد.

بينما ذهب رأى آخر إلى جواز الرهن الرسمى شرعاً، لأن التعامل به لايتنافى مع ماشرع الرهن له من التوثق لحفظ مال الدائن المرتهن، ولأنه لاضرر فيه على الدائن ولاعلى المدين، فالدائن يتقدم ويتتبع العقار المرهون في أى يد يكون، والمدين يحوز العقار ويستولى على غلته، وعدم قبض الدائن له ماهو إلا شرط فاسد، يصح معه العقد ويبطل الشرط فقط، وذلك

---

(1) راجع في ذلك تفصيلاً: الشيخ إبراهيم الشهاوى، المذاهب الفقهية (القسم الثانى) ٧٢، ١٩٧٣م، ص١٩ ومابعدها.

وفقاً لقاعدة النهى لايقتضى الفساد والتى يقول بها هذا الفريق، بل إنهم يعتبرون التوثيق في سجلات الشهر العقارى بمثابة القبض للمرهون، وإذا حدث تحايل على عملية الشهر هذه فهو نادر، ومن ثم لايمنع معاملة فيها مصلحة لمجرد احتمال حدوث واقعة نادرة، فالعبرة بالكثير الغالب لا بالقليل النادر.

ونحن نرى بدورنا أن فكرة الرهن الرسمى لاتتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية، حيث يمكن الأخذ بها في نطاق الفقه الإسلامى شريطة التعديل من بعض أحكامها، بما يجعلها خالية عن الغرر والربا، ومع الأخذ في الأعتبار ضرورة العناية بعملية التسجيل في الشهر العقارى، بما لايتيح فرص التحايل أمام المحتالين، وليس ذلك ببعيد على فكر الفقه الإسلامى الذى يحتاط في المعاملات، ليصل الحق إلى أصحابه، ومن ثم فإن قواعد الرهن الرسمى تتمشى مع قواعد الفقه الإسلامى - بالضوابط التى ذكرناها ـ خاصة وأن لفظ التوثق أو التوثيق وجد كثيراً في تعريف الرهن لدى فقهاء المسلمين، وهو مايعنى عدم تعارض أحكامه مع أحكام التوثيق في الشهر العقارى، أخذاً بظاهر اللفظ على الأقل.

الفصل الأول
مقومـــات الانتفـــاع بالمرهـــون

تمهيـد وتقسيـم :-

يقصد بالانتفاع بالمرهون مايعود بالنفع والفائدة على الشخص المنتفع، وهذا الشخص إنما يختلف بإختلاف نوع الرهن. حيث نجد أن الشيء المرهون في الرهن الرسمى مازال في حيازة صاحبه، ومن ثم فإن انتفاعه به يبقى كما هو لايتغير، فهو الحائز والمالك للشيء المرهون، وله حق استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه، ولهذا فإنه ينتفع به وقت مايشاء وكيف مايشاء، لايقيده في ذلك سوى اعتبار عام هو ضرورة استعمال ملكه على الوجه الذى لايحدث به ضرر للآخرين، ولهذا فإننا نجد أن انتفاع الراهن بالمرهون في هذا النوع من الرهن ماهو إلا وضع طبيعى أملته فكرة الملكية للأشياء.

أما في الرهن الحيازى فإننا نجد أن فكرة الإنتفاع فيه تخرج عن مألوفها، وتتجاوز حدودها الطبيعية، وذلك بحكم فكرة الحيازة الموجودة في هذا النوع من الرهن، حيث لايبقى الشيء المرهون في حيازة صاحبه ـ كما في الرهن الرسمى ـ، بل تنتقل هذه الحيازة، بمقتضى الرهن الحيازى، إلى الدائن المرتهن. ولذا فقد أصبح تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن التزاماً يقع على عاتق المدين الراهن، بعد أن كان في الماضى واجباً لايقوم الرهن بدونه، وقد أوجب ذلك أيضاً الفقه الإسلامى، حيث يجب على الدائن المرتهن قبض الشيء المرهون، وبهذا اتفق كل من الفقه الإسلامى والقانونى على ضرورة حيازة المرتهن للشيء المرهون، ومن ثم فإن فكرة الانتفاع بالمرهون في الرهن

الحيازى تأخذ منعطفاً يختلف تماما عن فكرة الانتفاع بالمرهون في الرهن الرسمى. وهذا ماجعل لفكرة الانتفاع بالمرهون أهمية في هذا النوع من الرهن، حيث يختلف مضمونها، وتتغير معالمها عماهى عليه في الرهن الرسمى. إذ مما لاشك فيه أن انتفاع غير المالك للشىء يختلف عن انتفاع مالكه به، كما أن حدود هذا الإنتفاع ـ والحالة هذه ـ لايصح أن يكون مطلقاً، كما هو الحال بالنسبة لانتفاع المالك. ومن ثم فإن مناقشة فكرة الانتفاع بالمرهون في الرهن الحيازى تجد أولوياتها في مقوماتها، وتتمثل هذه المقومات في تسليم المرهون للدائن المرتهن، أو في قبض الدائن المرتهن للشىء المرهون، ولهذا كان التسليم أو القبض من أهم مقومات الانتفاع بالمرهون شرعاً وقانوناً، وهذا مايمثل لنا ـ يقينا ـ مقومات الانتفاع بالمرهون في الفقه القانونى والإسلامى على حد سواء. وغنى عن البيان أن هذه الفكرة تختفى تماما إذا لم نتحدث عن التسليم أو القبض للشىء المرهون، كما لو ظل المرهون في حيازة صاحبه (المدين الراهن)، ولهذا لاتثور هذه الفكرة كثيراً بالنسبة للرهن الرسمى. كما هو الحال في الرهن الحيازى.

ولما كان التسليم أو القبض للشىء المرهون يمثل مقومات الانتفاع به، فإن التساؤل يثور عن ماهية التسليم أو القبض وشروط ذلك فقها وقانونا، وطبيعة كل منهما لدى القائلين به، وأخيراً آثار ذلك في الفقه القانونى والإسلامى. ولهذا فإننا سوف نعقد لمنافشة هذه الأمور المبحثين التاليين، لبيان المقصود بالتسليم في الفقه (القانونى) ثم المقصود بالقبض في الفقه الإسلامى، وسوف أقوم بمناقشتهما كل في مبحث مستقل على النحو التالى.

المبحث الأول

في

مقومات الانتفاع بالمرهون في الفقه القانونى

تمهيد :.

لاشك أن فكرة الانتفاع إنما تجد أساسها بداية في عملية تسليم المرهون للدائن المرتهن، كما أشرت آنفا، ولكن فكرة التسليم هذه هل هى مجرد وضع الشيء المرهون في حيازة المرتهن، وإذا كان الأمر كذلك فماهو المقصود بالتسليم، ومامو ضوعه، وماطبيعته، وماهى الآثار المترتبة عليه. كل هذا يتبين من خلال مناقشة موضوع تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن كمقوم أساسى للانتفاع بالمرهون، ويتضح ذلك جلياً من خلال النقاط التالية : ـ

١ ـ المقصود بتسليم المرهون

مما لاشك فيه أن تسليم العين المرهونة ونقل حيازتها إلى الدائن المرتهن رهن حيازة، هو من أهم موضوعات رهن الحيازة، وهو الذى يميز رهن الحيازة عن الرهن الرسمى وعن غيره من العقود الأخرى. ولذا كان موضوع التسليم للعين المرهونة هو البداية الحقيقية للرهن الحيازى.

ويقصد بتسليم المرهون نقل حيازته إلى الدائن المرتهن. وقد يكون ذلك فعليا كنقل الشيء المرهون نقلاً فعليا للدائن المرتهن بحيث يكون تحت تصرفه يتمكن بهذا التسليم من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه

استيلاء ماديا، طالما قد أعلمه الراهن بذلك[1] .

وقد يكون التسليم حكميا يتم بتغيير النية إذا كان الشيء المرهون عند الدائن قبل الرهن، كما لو كان وديعة أو عارية أو شيء مستأجر ثم ارتهنه الدائن، وقد يكون التسليم رمزيا كتسليم مفتاح المخزن الموجود به الأشياء المرهونة أو تسليم سند الإيداع أو سند الشحن، وتسليم المرهون يتم بتسليم سنده المثبت له (م ١١٢٣/ ٢ مدنى)[2] .

ومن هذا يتضح أن تسليم الشيء المرهون ماهو إلا نقل حيازته إلى الدائن المرتهن بصورة ظاهرة ومستمرة، والمقصود بأن تكون حيازة المرتهن ظاهرة هو أن يفقد الراهن حيازته للشيء المرهون، بحيث لايبقى عنصراً من عناصر ائتمانه في مواجهة الغير، كما يقصد بالحيازة الظاهرة الفعلية أيضاً دخول الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهن والذى يصبح حائزا لحق الرهن على الشيء المرهون وحائزا عرضيا بالنسبة لحق الملكية الذى يبقى لمصلحة الراهن. والهدف من ذلك هو الإعلان عن حق الدائن على الشيء المرهون، ويبدو هذا ضرورياً بالنسبة للعقار، لأن الحيازة هى أساس الاعتراف بالحقوق الواردة عليه والوسيلة الطبيعية لشهر هذه الحقوق، وهذا بخلاف العقار، حيث اشترط المشرع بالنسبة له قيد الرهن[3] ، فضلاً عن التسليم الذى يعنى نقل

---

(١) م ١/٤٣٥ مدنى في شأن تسليم المبيع، وهو النص الذى ينطبق على تسليم الرهن، حيث يسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع (م ٢/١٠٩٩ مدنى)

(٢) د. العطار، المرجع السابق، ص٢٢١ ـ د. السنهورى، المرجع السابق، ص٩٢٣ .

(٣) م ١١١٤ مدنى.

حيازة العقار نقلاً حكمياً، حيث يبقى العقار في حيازة الراهن بصفة مستأجر مثلاً، مع ذكر ذلك في القيد أو التأشير به على هامشه[1] وهذا ماذهبت إليه أحكام محكمة النقض المصرية حيث قضت بأنه من المقرر أن الدائن المرتهن - شأنه شأن المستأجر والمستعير والمودع لديه والمتفع - لايحوز العقار المرهون حيازة حقيقية لعدم توافر الركن المعنوى للحيازة لديه، وإنما يحوزه حيازة مادية عرضية نيابة عن المدين الراهن الذى تظل له الحيازة الحقيقية يباشرها بواسطة الدائن المرتهن[2] .

كما يقصد بأن يكون انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن مستمراً ودائماً بأن هذا يكون حقا للدائن المرتهن، في الوقت الذى يكون فيه إلتزاماً على عاتق المدين الراهن، ويظل هكذا إلى أن ينقضى الدين المضمون بهذا الرهن ولهذا فإن القانون المدنى ينص على أنه إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لايقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون اخلال بحقوق الغير (م ١١٠٠ مدنى) .

بيد أن الدوام أو الاستمرار هذا إنما يكون واضحاً بالنسبة للمنقول، أما العقار فيجوز أن يعود إلى حيازة الراهن بصفة مستأجر مثلاً بشرط التأشير بذلك في هامش قيد الرهن، دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير (م١١١٥ مدنى)[3] .

---

(١) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٣٨٤.

(٢) نقض مدنى في ١٩/ ٥/ ١٩٨١ (مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص١٥٣٨ رقم ٢٧٨) نقض مدنى في ٢٥/ ٦/ ١٩٨١ (مجموعة أحكام النقض س٣٢ ص١٩٣٩ رقم ٣٥١).

(٣) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٣٨٥.

وبهذا يتضح أن نقل الحيازة إلى الدائن المرتهن، يجب أن يكون ظاهراً ومستمراً، وبالتالى فإن تخلى الراهن عن حيازته للشىء المرهون يجب ـ بالتبعية ـ أن يكون ظاهراً ومستمراً أيضاً، يستوى في ذلك المنقول والعقار كل بحسب طبيعته في انتقال الحيازة بالنسبة له ـ كما قدمنا ـ [1] .

وتتضح أهمية التسليم للشىء المرهون ـ على النحو السالف ذكره ـ أن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن هى التى تمكنه من استغلال المال المرهون والحصول على غلته خصما من حقوقه المضمونة بالرهن، ومن ثم يستطيع أن يباشر دوره عليها باعتباره دائناً مرتهناً، فيستطيع أن يحافظ على العين المرهونة وأن يديرها وأن يستغلها وذلك كله إلى أن ينقضى الرهن فيردها إلى مالكها. كما أن انتقال الحيازة يفيد في شهر الرهن بالنسبة للغير، حيث يعلم الكافة بأن انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن إنما يعنى أن الشىء المرهون لم يعد تحت سلطة الراهن، ومن ثم فلايطمئن الغير إلى التعامل فيه مع الراهن، مع علمهم بأن للدائن المرتهن عليه حق[2] .

فانتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن يحقق فائدة كبيرة من ناحيتين،
الأولى: فيما بين المتعاقدين، إذ يتمكن الدائن المرتهن من أن يقوم بالتزاماته نحو الراهن ومن أن يستعمل حقوقه، كحق الحبس.
الثانية: بالنسبة إلى الغير إذ يعلن انتقال الحيازة إلى الدائن المرتهن الغير بوجود رهن حيازة. ويثور التساؤل عما إذا لم يقم الراهن بتسليم الشىء المرهون،

---

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٣٨٣ ـ ٣٨٩.
(٢) د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص٣١٧. د. السنهورى، المرجع السابق، ص٩١٣ ومابعدها.

بأن امتنع عن وضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق.

وللإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول بأن القواعد العامة هي التي تطبق في هذا الشأن، فإذا لم يقم الراهن بالتزامه بالتسليم، أمكن إجباره على التنفيذ إن كان ذلك ممكناً طبقاً للقواعد العامة (م٢٠٣/ ١ مدنى)، فإذا أصبح التنفيذ غير ممكن جاز فسخ الرهن والمطالبة بالوفاء بالدين المضمون فوراً لسقوط الأجل بسبب عدم تقديم المدين ماوعد به من تأمينات، كما يجوز للدائن المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى[(١)] .

بل إن محكمة النقض ذهبت إلى بطلان الرهن إذا بقى المرهون باختيار المرتهن في حيازة الراهن، أو رجع إليه باختياره أيضاً، فإن تم ذلك دون اختيار فلايبطل الرهن حينئذ[(٢)] .

٢ ـ موضـوع التسليـم

يعتبر محل الرهن هو موضوع التسليم الذى تنتقل حيازته من الراهن إلى المرتهن، ويجوز قانوناً أن يكون محل الرهن الحيازى عقاراً، كما يجوز أن يكون منقولاً، سواء كان المنقول مادياً أو معنوياً، غير أن رهن المنقولات المعنوية لها أحكامها الخاصة في القانون المدنى[(٣)] .

---

(١) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢٢٩. د. السنهورى، المرجع السابق، ص٩٢٤.

(٢) نقض مدنى في ٣١/ ٥/ ١٩٣٤ (مجموعة عمر جـ١ ص٤١٤ رقم ١٨٨).

(٣) د. محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، ١٩٧٥ بند ١٤٥، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢١٥. أنظر عكس ذلك: حيث يرى الدكتور/ شمس الدين الوكيل أن رهن المنقولات المعنوية لاينشىء حقاً عينياً (نظرية التأمينات في القانون المدنى، منشأة المعارف ١٩٥٩، بند ٢٠٣).

على أنه يشترط في الشيء المرهون رهنا حيازياً أن يكون محلاً قابلاً للبيع كقاعدة عامة، حيث تنص المادة ١٠٩٧ مدنى على أنه «لايكون محلا للرهن الحيازى إلا مايمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى من منقول وعقار». وهذا ماجعل المشرع المصرى يقضى بأن الالتزام بتسليم المرهون يسرى عليه أحكام الإلتزام بتسليم المبيع كقاعدة عامة أيضاً (م١٠٩٩/ ٢ مدنى).

وإذا كان المرهون كالمبيع كقاعدة عامة، إلا أن مقصود الرهن هو تأمين حق الدائن للتوصل إلى استيفاء دينه من ثمن الشيء المرهون إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن. وبالتالى فإن القاعدة العامة القاضية بأن ماجاز بيعه جاز رهنه يرد عليها بعض الاستثناءات ذات الأحكام الخاصة بالشيء المرهون. ويمكن القول إجمالاً بأن شروط الشيء المرهون رهناً حيازياً تتلخص فيما يلى: -

أ- أن يكون الشيء المرهون موجوداً سواء كان المال المرهون عقاراً أو منقولاً، حيث يجب أن يكون موجوداً وقت إبرام العقد إلا أنه على خلاف المبيع لايجوز أن يكون الشيء المرهون قابلاً للوجود في المستقبل، كما هو الحال في الشيء المبيع، وبالتالى يقع باطلاً رهن المال المستقبل حيث تنص المادة ١٠٩٧ مدنى على أن تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ والتى تقضى بدورها في الفقرة الثانية منها على أنه يقع باطلاً رهن المال المستقبل[1].

ب- أن يكون الشيء المرهون معيناً أو قابلاً للتعيين، ذلك أنه لم ترد في الرهن الحيازى قاعدة تشترط لانعقاده تخصيص الشيء المرهون بتعيينه تعييناً دقيقاً كما هو الحال في الرهن الرسمى، فيرجع إلى القواعد العامة والتى

---

(١) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢١٦.

تكتفى بأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين (م١٣٣ مدنى)[١] .

جـ- أن يكون الشيء المرهون مشروعاً، أى يصح التعامل فيه؛ ويرجع في أمر المشروعية إلى القواعد العامة في مشروعية المحل. أى أن يكون الشيء المرهون مما يصح التعامل فيه.

د- أن يكون الشيء المرهون ممايمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلنى، حيث نصت المادة ١٠٩٧ مدنى على أنه «لايكون محلا للرهن الحيازى إلا مايمكن بيعه استقلالاً . . . » وبالتالى لايجوز رهن العقار بالتخصيص رهن مستقلا عن العقار المخصص له، فإذا كان العقار الأصلى قد رهن رهناً رسمياً ورهن العقار بالتخصيص رهنا حيازياً، كان لمرتهن العقار رهناً رسمياً أن يتتبع العقار بالتخصيص مالم يتسلمه المرتهن حيازة حسن النية، ويحتج عليه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، وإذا كان العقار الأصلى غير مرهون جاز فصل العقار بالتخصيص عنه ورهنه مستقلاً رهن حيازة، كذلك لايجوز رهن حق الارتفاق أو الحقوق العينية التبعية استقلالاً[٢] .

ويلاحظ أن موضوع التسليم وإن كان يشتمل على محل الشيء المرهون

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص٨٨٧ بند ٥١٧، والعطار، المرجع السابق، ص١٩١، قارن عكس ذلك: د. الوكيل، المرجع السابق، بند ١٧١ حيث يرى أن بطلان رهن المال المستقبل إنما يرجع إلى عدم تخصيصه، ومن ثم فإنه يشترط للرهن الحيازى تخصيص المال المرهون، ولايكفى أن يكون معنياً أو قابلاً للتعيين وفقاً للقواعد العامة. وهو ماذهب إليه أيضاً الدكتور/ منصور مصطفى منصور. (التأمينات العينية، ١٩٦٣، ص١٩٨، بند ١٠٢).

(٢) د. العطار، المرجع السابق، ص١٩٢ ومابعدها، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص١٨٣ .

بالتفصيل السابق ذكره، فإنه يشتمل كذلك على ملحقات الشيء المرهون، حيث كان المشروع التمهيدي يتضمن النص على أن يشمل الرهن الحيازي ملحقات الشيء المرهون وثماره، مالم يوجد إتفاق يقضي بغير ذلك[1] . غير أن لجنة المراجعة قامت بحذف هذا النص اكتفاء بالقواعد العامة، وهو مايعني أن اللجنة قد اكتفت بتطبيق القواعد العامة في شأن ملحقات الشيء المرهون دون رفض للنص الوارد.

ولقد أورد القانون المدني النص الصريح على إلحاق ملحقات الشيء المرهون به في الرهن الرسمي، حيث نصت المادة ١٠٣٦ مدني على أنه «يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، مالم يتفق على غير ذلك[2] .

ويلاحظ أن هذا النص وغيره مما يتناول ملحقات الشيء المرهون إنما ينطبق على الرهن الحيازي، كما ينطبق على الرهن الرسمي سواء بسواء، وخاصة إذا كان محل الرهن الحيازي عقاراً[3] .

وإذا كان الأمر في الرهن الحيازي لم يتضمن نصا صريحاً بالنسبة للملحقات الشيء المرهون اكتفاء بالقواعد العامة، فإن القواعد العامة في هذا

---

(١) نص المادة ١٥٣٣ من المشروع التمهيدي. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ جـ٧ ص١٩٥ .

(٢) ورد النص كذلك على ملحقات العقار المرهون بالمادة ١١٤٨ مدني لذا لزم التنويه.

(٣) د. السنهوري، المرجع السابق، ص٨٩٤.

الشأن تقضى بأن التسليم في شأن المبيع يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ماأعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (م ٤٣٢ مدنى) وبناء عليه فإنه يمكن تحديد ملحقات الشيء المرهون في حالة الرهن العقارى عموماً بأنه ماخصص لخدمة العقار واستغلاله، وحقوق الارتفاق، ومايطرأ من تحسينات وإنشاءات تعود بالمنفعة على المالك. كما يلحق بالرهن ثمار العقار من وقت الرهن، كما يشمل ملحقات الشيء المرهون مايلزم لاستعمال المنقول المرهون كرخصة تشييد السيارة المرهونة وإطارها الاحتياطى، وبصفة عامة كل مايعتبر من ملحقات المنقول المرهون وذلك بحسب طبيعة المنقول وعرف الجهة وقصد المتعاقدين[1] .

وإذا كانت ملحقات الشيء المرهون ـ على هذا النحو ـ تلحق به، فإنه يجب تسليمها مع الشيء المرهون كذلك، ويكون للدائن المرتهن الحق في أن يحبسها ويستوفى حقه منها كذلك عند تعذر استيفائه من ذمة المدين، ويستوى في عملية الاستيفاء هذه الشيء المرهون وملحقاته، مع ملاحظة أن هذه الملحقات لاتتبع العقار المرهون رهناً رسمياً إلا من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية، وذلك بخلاف العقار المرهون رهناً حيازياً حيث تلحقه مشتملاته بمجرد التسليم. ولهذا فإنه يجب على الراهن أن يقوم بتسليم المرهون وملحقاته، بأن ينقل حيازتهما إلى الدائن المرتهن على النحو السابق ذكره في البند السابق.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص٣٠١ ومابعدها، د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢١٦ ومابعدها، د. العطار، المرجع السابق، ص١٩٤ .

بيد أن تسليم ملحقات الشيء المرهون لايعد من النظام العام، ومن ثم فإنه يجوز للراهن والمرتهن أن يتفقا على إخراج ملحقات الشيء المرهون من عملية التسليم، ومن ثم لايصبح شيء منها مرهوناً مع الشيء الأصلي المرهون.

خلاصة القول فإن موضوع التسليم يشمل محل الرهن، عقاراً كان أو منقولاً مادياً أو معنوياً، كما يشمل كذلك ملحقات الشيء المرهون. ومن ثم فإن الراهن يلتزم بتسليم الشيء المرهون وملحقاته بالحالة التي اتفق عليها وقت الرهن.

٣ - الطبيعة القانونية للتسليم

يمكن القول بأن معرفة الطبيعة القانونية لتسليم المرهون إنما تتوقف على أهمية التسليم لعقد الرهن الحيازي. وماذا يمثل هذا التسليم لهذا العقد؟!

وللإجابة عن ذلك نرى أن عقد الرهن الحيازي في حد ذاته لم يكن على وتيرة واحدة طوال عهده منذ وجوده في ظل القوانين الرومانية حتى عهدنا هذا. ففي القانون الروماني لم يكن للاتفاق على الرهن أثر قانوني قبل تسليم العين موضوع هذا الاتفاق إلى الدائن المرتهن، حيث كان التسليم ركناً في العقد لاينشأ الرهن إلا به، ومن ثم لايترتب أية التزام في حالة عدم التسليم للمرهون، ولذا فإنه يقال إن عقد الرهن في ظل القانون الروماني كان عقداً عينياً، فلاينعقد الرهن إلا إذا سلم الراهن المرهون إلى الدائن المرتهن ونقل حيازته إليه[١].

وظل هذا التكييف لعقد الرهن وهو أنه عقد عيني في ظل التقنين المدني

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص٩١٢.

القديم، وذلك أخذا عن القانون الفرنسى، حيث كان الرهن الحيازى في ظل التقنين المشار إليه عقداً عينياً كعقد العارية والقرض والوديعة، ومن ثم يعتبر تسليم الشىء المرهون فيه ركناً أيضاً، بحيث لايكفى لقيامه تراضى الطرفين، بل يجب إلى جانب توافر التراضى، تسليم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن، ولايوجد قبل هذا التسليم سوى وعد برهن يلتزم الراهن بمقتضاة بتسليم تلك العين إلى المرتهن ليقوم عقد الرهن، بحيث يمكن للدائن أن يجبره عليه قضاء، وكان الرهن يبطل إذا ثبت أن حيازة المرهون لم تنتقل إلى المرتهن باختياره أو رجعت برضائه فوراً إلى الرهن، كما لو استأجر الراهن العين المرهونة في اليوم الذى حصل فيه رهنها[1] . أما إذا كان عدم إنتقال الحيازة إلى الدائن بغير اختياره فلايبطل الرهن وله المطالبة بها[2] .

ولهذا فإننا نجد أن فكرة العينية لعقد الرهن في ظل القانون المدنى القديم إنما تخلف إلتزاماً بضرورة تسليم الشىء المرهون، وهى نفس الفكرة الموجودة في ظل القانون الرومانى، بل إن فكرة العقد العينى نشأت جذورها في ظل هذا القانون الأخير. ومع ذلك نجد أن عدم التسليم للشىء المرهون لايولد أية آثار في ظل القانون الرومانى، بينما يولد عدم التسليم للمرهون التزاماً بضرورة التسليم في ظل القانون المدنى القديم المأخوذ بدوره عن القانون الفرنسى. ويظهر بذلك الفرق بين فكرة العقد العينى في القانون الرومانى، الذى نشأ فيه هذا الاصطلاح وفكرة العقد العينى في التقنين المدنى القديم[3] .

---

(١) نقض مدنى في ١٤/ ١٢/ ١٩٤٤ (مجموعة القواعد في ٢٥ عاماً جـ١ ص٣٩٢ رقم ٧).

(٢) نقض مدنى في ٣١/ ٥/ ١٩٣٤ (مجموعة القواعد في ٢٥ عاماً جـ١ ص٣٩٣ رقم ٨).

(٣) د. العطار، المرجع السابق، ص٢٢٠، د. جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٣٥٩ ومابعدها.

غير أن المشرع المصرى قد هجر هذا التكييف، وهو عينية عقد الرهن، بصورتيه في القانون الرومانى والقانون المدنى القديم، وذلك في ظل التقنين المدنى الجديد، حيث لم يعد لهذا التكييف مايبرره، مادمنا قد اعترفنا لاتفاق العاقدين بالقدرة على إنشاء التزام بتسليم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن. فقد أصبح رهن الحيازة عقداً رضائيا لاعقدا عينياً، فينعقد بمجرد إيجاب وقبول متطابقين، ولايشترط في انعقاده نقل الحيازة من الراهن إلى المرتهن، ومن ثم فإنه أصبح خاضعاً للقواعد العامة في إبرام العقود الرضائية، ولم يعد التسليم للمرهون ركناً في العقد كما كان عليه في الماضى، بل أصبح التزاماً ينشأ بمجرد وجود التراضى على العقد، يقع على عاتق المدين الراهن، يترتب على تخلفه قيام العقد الصحيح مع إجبار المدين فيه على التنفيذ إن لم ينفذ إختياراً، مادام الإجبار على التنفيذ ممكناً، شأنه في ذلك شأن بقية العقود الرضائية الأخرى كقاعدة عامة[1].

وهكذا نرى أن طبيعة التسليم للشىء المرهون اختلف تكييفها من عصر إلى عصر. فبينما كان التسليم ركنا في عقد الرهن الحيازى في ظل القانون الرومانى والقانون المدنى القديم، بحيث يترتب على تخلفه بطلان عقد الرهن، نجده في ظل القانون المدنى الجديد مجرد إلتزام يقع على عاتق المدين الراهن بعد قيام عقد الرهن بالتراضى بين الطرفين، لايترتب على تخلفه سوى

(١) د. عبد المنعم البدراوى، المرجع السابق، ص٣٣٨. وأنظر كذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ٧، ص١٩٠، حيث اعتبر المشرع المصرى أن من أهم ماستحدثه مشروع التقنين المدنى الجديد في هذا الشأن هو جعل الرهن الحيازى عقداً رضائياً.

تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن. وهذا ماحدا بالمشرع المصرى إلى القول بأن يسرى على الإلتزام بتسليم الشىء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشىء المبيع[1] . وعلى ذلك فإنه ينبغى الرجوع إلى أحكام التسليم في عقد البيع من حيث كيفية التسليم ومحله وزمانه ومكانه، مع مراعاة بعض الخصوصيات التى تتفق مع ماهية المقصود بالتسليم في الرهن الحيازى، من حيث كونه وسيلة لتمكين المرتهن من الحيازة بشكل ظاهر يوفر العلانية ويمكن الغير من العلم بوجود الرهن. وذلك على نحو مابينا في البند الثانى من هذا المبحث.

٤ ـ الآثـار المترتبـة على التسليـم

يمكن القول بأنه لما كانت طبيعة التسليم للمرهون مختلفة في القانون الجديد عنه في القانون الرومانى والقديم، فإن الأثر المترتب على التسليم يكاد ينحصر في نفاذ الرهن في حق الغير، ذلك أن الحق العينى في الرهن لاينفذ في مواجهة الغير إلا بإنتقال حيازة الشىء المرهون من الراهن إلى المرتهن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان، وهو مانصت عليه المادة ١١٠٩ مدنى حيث ذكرت في فقرتها الأولى بأنه «يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشىء المرهون في يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان» ولهذا فإن التسليم في القانون الجديد ليس شرطاً لانعقاد الرهن كما هو الشأن في الماضى، ولكنه شرط لنفاذ الرهن في مواجهة الغير[2] .

---

(١) م١٠٩٦/٢ مدنى.

(٢) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٣٨٣.

ويقصد بالغير هنا كل من يمكن أن يضار بسبب وجود الرهن نتيجة لتأثره بما يخوله الرهن للدائن المرتهن من حق في الأفضلية والتتبع، عدا الرهن وورثته، كالدائن المرتهن وأصحاب حقوق الامتياز ومن تقرر له حق اختصاص، وكذا الدائن العادى للراهن، وأيضاً مشترى العقار المرهون، ومن اكتسب عليه حق انتفاع[1].

ويلاحظ أن انتقال حيازة الشيء المرهون للدائن المرتهن يعتبر الشرط العام لنفاذ الرهن الحيازى في حق الغير - بالمعنى السابق ذكره -، بمعنى أنه إذا لم تتم الحيازة، فلاينفذ الرهن في حق الغير أى لايحتج المرتهن بحقه على الغير الذى يكسب حقاً على الشيء قبل نفاذ الرهن في مواجهته، وبالتالى فإنه عند حلول الدين ومباشرة الدائن للتنفيذ على الشيء المرهون لاتكون له ميزة التقدم ولاميزة التتبع، طالما لم يكن حائز للشيء المرهون[2].

فإذا حاز المرتهن الشيء المرهون، كان رهنه نافذاً في مواجهة الغير، لأن هذه الحيازة بمثابة شهر للرهن الحيازى ووسيلة لاعلام الغير به.

بيد أن نفاذ الرهن في مواجهة الغير بالتسليم يختلف بالنسبة للعقار عنه بالنسبة للمنقول، حيث أخضع المشرع المصرى شهر جميع الحقوق العينية التبعية العقارية لنظام القيد، ونص في المادة ١١١٤ مدنى على أنه «يشترط لنفاذ الرهن الحيازى في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن، وتسرى على هذا القيد الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى».

---

(١) د. البدراوى، المرجع السابق، ص٧٧ ومابعدها، د. العطار، المرجع السابق، ص٢٠٥.
(٢) د. السنهورى، المرجع السابق، ص٩٢٤ ومابعدها.

وبالتالى فإن الرهن الحيازى العقارى ينشأ فيما بين العاقدين بمجرد إبرام العقد، إلا أنه لايكون نافذاً في مواجهة الغير إلا بقيده في مكتب الشهر العقارى الذى يقع العقار المرهون في دائرة اختصاصه، فضلاً عن تخلى الراهن عن حيازة العقار المرهون إلى المرتهن. وتتحدد مرتبة الرهن في الوقت الذى يتوافر فيه الشرطان معاً: قيد الرهن، وانتقال الحيازة. فإذا قيد الرهن قبل انتقال الحيازة، حدد تاريخ إنتقالها مرتبة الرهن، أما إذا انتقلت الحيازة قبل قيد الرهن، حدد مرتبته تاريخ القيد[1].

أما بالنسبة للمنقول، أيا كان نوعه، مادياً أو معنوياً ـ على نحو ماأسلفنا ـ، فإن المشرع المصرى قد استلزم لنفاذ الرهن حيازياً في مواجهة الغير «أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافياً، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن» (م١١١٧ مدنى). هذا فضلاً عن تخلى الراهن عن حيازته للشىء المرهون وانتقال هذه الحيازة إلى الدائن المرتهن. ولهذا فإنه يجب لنفاذ رهن المنقول في مواجهة الغير أن يدون عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ من ناحية، وأن يبين في هذه الورقة المبلغ المضمون، والمنقول المرهون بياناً كافياً من ناحية أخرى.

ويقصد المشرع بهذا الإجراء حماية الغير من صور عديدة لغش قد يعمد إليه الراهن، يسهل وقوعها ويصعب اثباتها، كتقديم التاريخ أو زيادة قدر الدين المضمون بالرهن، أو الادعاء بوجود رهن على المنقول لا وجود له في الحقيقة، وذلك تهرباً من الدائنين، أو تفضيلاً لأحد دائنيه أو استبدال المنقول المرهون بآخر أقل منه أو أكثر قيمة[2].

---

(١) د. جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص٣٩٠ ومابعدها.

(٢) المرجع السابق، ص٣٩٢. د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٣٨٣.

ويلاحظ أن تسليم المرهون الذى يعتبر شرطا لنفاذ الرهن في مواجهة الغير إنما يعد في الوقت ذاته، ضمانا للدائن المرتهن من تصرف الراهن في الشيء المرهون تصرفاً قد يضر به، كما تتيح له فرصة استغلال الشيء المرهون وخصم غلته من المصروفات ثم من أصل الدين - على نحو ماسيأتى في حينه - كما أن التسليم يمكن الدائن المرتهن من التمسك بحقه على رهن المنقول - إذا كان حسن النية - وكان المنقول غير مملوك للراهن، لأنه سيحتج على المالك الأصلى بقاعدة الحيازة في المنقول، وأخيراً تمكن حيازة المرهون الدائن المرتهن من حبس الشيء المرهون حتى يستوفى حقه منه[1].

وتجدر الإشارة إلى أن الحيازة اللازمة لنفاذ الرهن في حق الغير هى الحيازة القانونية لحق الرهن، وهذه الحيازة لاتمنع الدائن المرتهن من استغلال الشيء المرهون بتأجيره مثلاً، وعندئذ تكون للمستأجر منه الذى يتسلم الشيء المرهون مجرد حيازة عرضية، وتكون للمرتهن الحيازة القانونية لحق الرهن، وإن كانت له هو حيازة عرضية بالنسبة لحق الملكية، لأنه يحوز الشيء المرهون باعتباره مرتهناً لا باعتباره مالكاً ولايقصد بذلك التملك، وبالتالى لايكسب ملكية الشيء المرهون بالتقادم[2].

وحتى تتم الحيازة للدائن على هذا النحو، لايكفى أن يسلم الراهن الشيء المرهون، وإنما يجب كذلك أن يتسلم المرتهن الشيء المرهون، ومن ثم لايحوزه إلا إذا تسلمه حقيقة أو حكماً بالتفصيل السابق ذكره، وهو مايعنى ضرورة قبض المرتهن للشيء المرهون والذى قال به فقهاء المسلمين على نحو ماسيأتى في المبحث التالى ان شاء الله تعالى.

---

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ص٩٨٢.

(٢) نقض مدنى في ١٣/٦/١٩٦٧ (مجموعة الأحكام، س١٨، ص١٢٥٢).

المبحث الثانى

في

مقومات الانتفاع بالمرهون في الفقه الإسلامى

علمنا آنفا أن مقومات الانتفاع بالمرهون يتمثل في التسليم في الفقه القانونى والقبض في الفقه الإسلامى. ولما تحدثنا عن التسليم للمرهون تفصيلاً في المبحث الأول من هذا الفصل، فإنه يجب ـ أيضاً ـ أن نفصل القول في القبض الذى قال به فقهاء المسلمين، والذى هو أهم مقومات الانتفاع بالمال المرهون، سواء تم الانتفاع من قبل الراهن بإذن من المرتهن بعد قبضه له، أو تم الانتفاع من قبل المرتهن بحكم أن المال المرهون في قبضته، ولهذا نجد أن فكرة الانتفاع تكاد تختفى تماماً لو لم يتم قبض المرهون للمرتهن، إذ لو بقى المال المرهون في يد مالكه (الراهن) لما أثيرت مشكلة الانتفاع أصلاً. حيث يستطيع الراهن أن ينتفع به وقت ماشاء وكيف ماشاء باعتباره مالكاً له، كما لايستطيع المرتهن أن يجد فرصة لهذا الانتفاع حيث لايجوز له شرعاً الانتفاع بمال تحت يد صاحبه، لكن انتقال هذا المال إلى حيازة المرتهن وقبضة له هى التى تثير فكرة الانتفاع بالمال المرهون، سواء من قبل الراهن أو من قبل المرتهن، على نحو ماسيأتى. وهذا ماجعلنى أقرر أن عملية التسليم أو القبض ماهى إلا مقوم هام وضرورى جداً لفكرة الانتفاع، والتى تنتفى قطعا بدونها.

ولهذا فسوف أتناول فكرة قبض المرهون كمقوم هام لفكرة الانتفاع في النقاط التالية :ـ

أولاً : ماهيـة القبض وكيفيتـة

يطلق القبض لغة ويراد به الامساك والتناول ، يقال : قبض الشيء وعليه- قبضاً : أخذه بقبضة يده ويقال : قبض الدار أو الأرض : حازها[١] .

كما يطلق القبض شرعاً ويراد به التخلية الممكنة من التصرف ، فهو عبارة عن التخلى وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع ، وأنه يحصل بتخليه الراهن بين المرهون والمرتهن ، فإذا حصل ذلك صار الراهن مسلماً والمرتهن قابضاً[٢] ويرجع فيه إلى الشرع والعرف ، وهو يختلف باختلاف المال[٣] .

ذلك أن الأشياء تختلف بعضها عن بعض ، فمنها المنقول كالميكيلات والموزونات ، ومنها غير المنقول كالعقارات والأراضى الزراعية ونحوها . ولذا فإن كيفية القبض تختلف في كل منها بإختلاف طبيعتها . فإن كان المرهون ممالاينقل ، كالدور والأراضى ، فقبضه بالتخلية بينه وبين المرتهن ، وتمكينه من وضع يده ، بأن يفتح الدار أو يسلمه مفتاحها . بمعنى رفع جميع الموانع التى تحول بين المرتهن والمرهون ، وعلى الجملة يكون قبض مالاينقل بأن يمكن الراهن المرتهن من اثبات يده على المرهون[٤] وليس للمرتهن قبض الرهن إلا

---

(١) المعجم الوسيط ، باب القاف ، مادة «قبض» .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاسانى ، المرجع السابق ، جـ٦ ، ص٢١٤ .

(٣) التهذيب للبغوى ، المرجع السابق ، ص٦ هامش (١) .

(٤) التهذيب ، المرجع السابق ، ص٦ هامش (١) ، المغنى لابن قدامة ، المرجع السابق ، ص٤٠٣ ، بدائع الصنائع ، المرجع السابق ، ص٢١٤ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، المرجع السابق ، ص٢٣٣ .

بإذن الراهن لأنه لايلزمه تقبيضه، فاعتبر إذنه في قبضه كالواهب، فإن تعدى المرتهن فقبضه بغير إذنه لم يثبت حكمه، وكان بمنزلة من لم يقبض[1] .

وعلى ذلك فإن جمهور الفقهاء يرون أن قبض غير المنقول إنما يكون بالتخلية ورفع الموانع، ولو كان القبض حكما لاحقيقة، لأن التخلية تسليم، والتسليم عبارة عن رفع المانع من القبض، وهو فعل المسلم دون المتسلم، والقبض فعل المتسلم، ومعنى ذلك أنه يترتب على التخلية مايترتب على القبض الحقيقى، وهذا ماعليه جمهور الفقهاء لانرى خلافاً بينهم في ذلك[2] .

وأما قبض المنقول فقد اختلف الفقهاء فيه، حيث يرى الحنفية أنه يكتفى في قبض المنقول بالتخلية أيضاً، فإذا خلى الراهن بين المرهون وبين المرتهن صار الراهن مسلماً للمرهون كما صار المرتهن قابضاً له، شأنه في ذلك شأن غير المنقول. وقد استدلوا على ذلك بأن التخلية تعتبر إقباضاً في الشرع وفي العرف. أما الشرع فإن التخلى في باب البيع قبض بالإجماع من غير نقل أو تحويل، فهذا دليل على أن التخلى بدون نقل أو تحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفى به. وأما العرف فإن القبض يرد على مالايحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار، ولايفهم منه حينئذ إلا التخلى وهو التمكن من التصرف، ومعناه تمكن المرتهن من القبض[3] .

ويرى أبو يوسف من الحنفية أنه يشترط في قبض المنقول، بالإضافة إلى

(١) المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٤٠٢، الحاوى الكبير للماوردى، جـ٧، ص١٠٠.
(٢) حاشية رد المحتار، المرجع السابق، ص٤٧٩.
(٣) بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص٢١٤، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص٤٧٩.

التخلى الموجود لغير المنقول، النقل والتحويل، فإذا لم يوجد لايصير قابضاً، واستدل على ذلك بأن القبض شرط صحة الرهن قال تعالى: ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[1]، ومطلق القبض ينصرف إلى القبض الحقيقى، ولايتحقق ذلك إلا بالنقل، طالما كان ذلك ممكناً، حيث أن التخلى قبض حكمى لاحقيقى، ومن ثم فلايكتفى به في المنقولات[2] وقد ذهب إلى ذلك أيضاً الشافعى في رواية راجحة والإمام أحمد، حيث ذكر الإمام الماوردى بأنه «إذا كان الرهن مما يحتاج إلى كيل أو وزن، فلايتم اقباض الراهن له بمجرد الاذن للمرتهن، حتى يتولى كيله له بنفسه أو بوكيله، ويتولى المرتهن اكتياله منه بنفسه أو بوكيله، فيتم القبض بفعلهما جميعاً، فلو قبضه المرتهن بإذن الراهن من غير أن يتولى كيله عليه بنفسه أو بوكيله لم يصح القبض ولم يتم الرهن»[3] وذكر مثل ذلك الإمام ابن قدامة في المغنى حيث ذكر أن القبض في الرهن كالقبض في البيع، فإن كان منقولاً فقبضه نقله أو تناوله، وإن كان مكيلاً فرهنه بالكيل أو موزوناً فرهنه بالوزن، ومن ثم فقبضه اكتياله أو وزنه[4].

وبهذا فإن الفقهاء في كيفية قبض المرهون متفقون من جهة ومختلفون من جهة أخرى، فهم متفقون على كيفية قبض العقار وأنه يتم بالتخلية والتمكين، بينما نجدهم مختلفون في كيفية قبض المنقول فمنهم من اعتبر التخلية كافية في قبضه، وهذا الرأى من وجهة نظرنا مرجوح، ومنهم من اعتبر التخلية غير

---

(١) البقرة آية رقم ٢٨٣.

(٢) بدائع الصنائع، المرجع السابق.

(٣) الحاوى الكبير، المرجع السابق، ص١٠٠.

(٤) المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٤٠٠، ٤٠٣.

كافية، ومن ثم وجب بالاضافة إليها النقل والتحويل، وهو الراجح من وجهة نظرنا، حيث لامانع يمنع من ذلك[1] مع ملاحظة أن المالكية في هذا الشأن لم يقفوا عند حد معين في كيفية قبض المرهون. حيث يرون أن المقصود من تشريع الرهن في الإسلام هو تأمين الدائن المرتهن وإيجاد الثقة والطمأنينة لديه على ماله، وذلك بتمكينه من حبس المرهون تحت يده يستوفى منه دينه، وبناء على ذلك فإنه يصح أن يقوم مقام القبض كل وسيلة مشروعة تؤدى إلى إيجاد هذه الثقة لدى المرتهن، ومن ثم فإن أية إشارة تدل على معنى القبض تقوم مقام القبض ويصح الرهن به، ولهذا فإن المالكية يقولون بجواز الرهن الرسمى لمجرد التأشير بذلك في صحيفة الرهن، بالاضافة إلى مشروعية الرهن الحيازى والذى اتفق على مشروعيته جميع الفقهاء[2] .

ويلاحظ أن معنى القبض في الفقه الإسلامى وكيفيته إنما يتفقان مع معنى التسليم وكيفيته في الفقه القانونى، غاية الأمر أن عملية التسليم بالنسبة للمنقول في الفقه القانونى لاتتم إلا بالنقل والتحويل، فضلاً عن اثبات تاريخ العقد ليكون نافذاً في مواجهة الغير، وهو الرأى الذى نراه راجحاً في الفقه الإسلامى. ومن ثم فلاتعارض بين الفقه الإسلامى والفقه القانونى في التسليم أو القبض كأهم مقوم لعملية الإنتفاع بالمرهون.

ثانياً : طبيعة القبض في الفقه الإسلامى

يعتبر عقد الرهن في الفقه الإسلامى من عقود التبرع الجائزة شرعاً، ومن

---

(١) راجع في تفصيل ذلك : التهذيب، المرجع السابق.

(٢) أنظر في تحقيق هذا الرأى : د. عبد السلام السكرى، المرجع السابق، ص٩٢ ومابعدها.

ثم فإنه يختلف عن عقد البيع والذى يعتبر من عقود المعارضة، ولذا فإن عقد البيع يلزم طرفيه بمجرد صدوره، بخلاف عقد الرهن والذى لايلزم طرفيه إلا بإتمامه واكمال جميع إجراءاته، وذلك مراعاة لمبدأ استقرار التعامل بين الناس وإضاعة الثقة فيما بينهم من تعامل.

غير أن لزوم عقد الرهن لطرفيه إنما يتوقف على صفة وطبيعة القبض للمرهون واللازم في هذا العقد، وهل القبض للمال المرهون شرط لزوم أم شرط تمام فقط.

بداية نجد أن جميع الفقهاء اتفقوا على أن عقد الرهن متى تم فيه القبض أصبح لازماً من جهة الراهن لامن جهة المرتهن لأنه المتبرع بالمال. ومتى كان لازماً فإنه يجب الوفاء به لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1]. غير أن الفقهاء اختلفوا في وقت اللزوم بناء على اختلافهم في طبيعة القبض الواجب في الرهن، وهل هو بمثابه الركن في لزوم الرهن أم شرط لاتمامه وإنفاذه. ولذا وجدنا في الفقه الإسلامى رأيين في طبيعة القبض يمكن تفصيلها فيما يلى: -

الرأى الأول: ذهب إلى أن الرهن لايلزم إلا بالقبض، سواء كان الرهن مشروطاً في البيع أم كان رهن تبرع، والمقصود بالقبض هنا ذلك القبض المعهود في البيع، على نحو ماأسلفنا في البند أولاً.

وإلى هذا الرأى ذهب علماء الحنفية، بل قال زفر رحمه الله منهم إن

(١) سورة المائدة آية رقم ١.

القبض في الرهن ركن القبول، في حين قال الحنفية إنه شرط لزوم لا ركن، وتفريعاً على ذلك فإن من حلف ألا يرهن فلانا شيئاً فرهنه ولم يقبضه، فإنه يحنث عن الحنفية ولا يحنث عند زفر حيث يعتبر القبض عنده ركناً لا شرطاً. في حين أن الرهن ينعقد لدى الأحناف بإيجاب وقبول غير لازم، فإذا سلمه وقبضه المرتهن لزم[1].

كما ذهب إلى هذا الرأى أيضاً الشافعية، حيث أن عقد الرهن عندهم لايتم ولايلزم إلا بالقبض، وكذا الهبة[2].

وذهب إلى ذلك أيضاً الحنابلة فقالوا: لايصح الرهن إلا أن يكون مقبوضا من جائز الأمر[3] والمعنى عندهم لايلزم الرهن إلا بالقبض، بل زادوا في ذلك إذا كان المرهون مكيلا أو موزوناً فلايلزم رهنه إلا بالقبض، وفيما عداهما روايتان، احداهما: لايلزم إلا بالقبض، والأخرى يلزم بمجرد العقد كالبيع[4].

ومجمل القول في هذا الرأى أنه يشترط لتمام الرهن ولزومه على الراهن أن يقبضه المرتهن قبضاً تاماً، وللراهن قبل تسليم الرهن للمرتهن أن يرجع فيه ويتصرف في العين المرهونة[5] ومعنى ذلك فإن الرهن ينعقد بإيجاب وقبول

---

(١) بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص٢٠٧ ومابعدها، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص٤٧٨ ومابعدها.

(٢) التهذيب، المرجع السابق، ص٦، الحاوى الكبير، المرجع السابق، ص٩٧.

(٣) المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، مسألة رقم ٣٢٧٥.

(٤) المغى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٣٩٩ ومابعدها.

(٥) أنظر المادة ٩٥٦ من مرشد الحيران.

من الراهن والمرتهن، ولكنه لايتم ولايلزم إلا بالقبض، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم[1].

واستدل الجمهور على أن القبض في الرهن شرط لزوم بقوله تعالى: ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ والدلالة في الآية من ثلاثة أوجه: -

الأول: أنه وصف الرهن بالقبض، فوجب أن يكون شرطاً في صحته، كوصف الرقبة بالإيمان والاعتكاف بالمسجد والشهادة بالعدالة، فلما كانت هذه الأوصاف شروطاً، كان القبض كذلك.

الثاني: أن الله سبحانه وتعالى ذكر غير الرهن من العقود ولم يصفها بالقبض، وذكر الرهن ووصفه بالقبض، فلايخلو أن يكون وصف الرهن بالقبض إما لاختصاصه به، أو ليكون تنبيها على غيره، وأيهما كان فهو دليل على لزوم القبض فيه.

الثالث: أن ذكر القبض في الآية يوجب فائدة شرعية لاتستفاد بحذف ذكره، ولافائدة في ذكره إن لم يجعل القبض شرطا في صحته، ولأنه لو مات الراهن قبل الاقباض لم يجبر وارثه على الاقباض، ولو كان لازماً بمجرد العقد كالبيع، لاستحق على وارثه الاقباض كالبيع، فلما لم يستحق على وارثه الاقباض، لم يستحق عليه في حياته الاقباض كالجهالة[2].

---

(١) أنظر المادة ٧٠٦ من جملة الأحكام العدلية.

(٢) المغنى، المرجع السابق، ص٤٠٠، الحاوى الكبير، ص٩٧، التهذيب، ص٨ ومابعدها، بدائع الصنائع، ص٢٠٧.

الـــرأى الثـانـى : ذهـب إلى أن الرهن إنما يلزم بمجرد الإيجاب والقبولِ، ويتم بالقـبض، فـالقـبض ليس من حـقـيـقـة الرهن ولاشـرطاً في صـحـتـه ولالزومه، بل ينعقد ويصح ويلزم بمجرد القول، ثـم يطلب المرتهن الاقباض فإن فعل الرهن وإلا أجبر على تسليم الرهن إلى المرتهن، مالم يوجد مانع من ذلك كموت الراهن بعد العقد وقبل التسليم، أو مطالبة الغرماء الراهن بآداء ديونهم، أو أن تكون الديون محيطة بمال الراهن، أو مرض الراهن المخوف أو جنونة المتصلان بوفاته. ومعنى ذلك أن القبض شرط لتمام الرهن لاشرط للزومه. وإلى هذا الرأى ذهب المالكية في مذهبهم والحنابلة في أحد الروايتين عندهم في غير المكيل والموزون[١] قال ابن الحاجب من علماء المالكية: يصح الرهن قبل القبض ولايتم إلا به، فأنت ترى القبض والاقباض متأخرين عن الرهن، والمتأخر عن الشيء غيره ضرورة[٢].

واستدل المالكية على ماذهبوا إليه بأن الرهن يتم بالعقد ويجبر الراهن على القبض كما هو الحال بالنسبة للهبة وذلك استدلالاً بقوله تعالى: ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ، ولأنه عقد وثيقة، فوجب أن يلزم بمجرد القول كالضمان، ولأن الثمن يختلف باختلافه إذا شرط في عقد البيع، فوجب أن يلزم بنفس الشرط في البيع كالأجل، ولأنه عقد لازم بعد القبض ـ باتفاق الفقهاء ـ فوجب أن يكون لازماً قبل القبض كالبيع، ولأنه عقد يصح أن يكون مؤجلاً، فوجب أن

---

(١) حاشية الدسوقى، المرجع السابق، ص٢٣١، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص٢٧٠، المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٣٩٩ ومابعدها.

(٢) حاشية الدسوقى، المرجع السابق.

يكون بمجرد القول لازماً كالاجارة[1] .

وخلاصة القول فإن المالكية يرون أن عقد الرهن يلزم بالقبول وإن لم يقبض، ولكن يجبر الراهن على التسليم، في حين يرى جمهور الفقهاء الحنفية، والشافعية والحنابلة أنه لايلزم الرهن إلا بقبضه، فالأول مشدد على المرتهن مخفف على الراهن، والثانى عكسه. فيحمل الأول على حال أهل الصدق الذين لايتغيرون فيما يقولونه كالأولياء والعلماء. ويحمل الثانى على من كان بالضد من ذلك ممن لايريد الحظ الأوفر لنفسه دون أخيه ولايحتاط لآخرته[2] .

ويلاحظ أن ماذهب إليه جمهور الفقهاء في هذه المسألة هو الراجح، لقوة الأدلة التى استدلوا بها، ولأن هذا يتفق مع الأصل العام في الرهن، وأنه من عقود التبرعات التى لاتلزم إلا بالقبض. فلايعتبر القبض للشيء المرهون ركناً في عقد القرض[3] ، فهذا العقد يتم بالتراضى في الفقه الإسلامى. إنما القبض شرط في الرهن عند جميع الفقهاء، غير أنه شرط لزوم عند جمهور الفقهاء بالنسبة إلى الراهن، بمعنى أن الراهن لايجبر على تسليم الشيء المرهون للمرتهن، إذ له الرجوع في الرهن قبل إقباضه، غير أنه إذا أقبضه الزم بالمضى

---

(١) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك للشيخ أحمد الصاوى، على الشرح الصغير للدردير، ط عيسى الحلبى، جـ٢، ص٥٦٨، حاشية الدسوقى، المرجع السابق.

(٢) الميزان الكبرى الشعرانية، المدخل لجميع أقوال الأئمة المجتهدين ومقلديهم في الشريعة المحمدية، للشيخ عبد الوهاب بن أحمد على بن أحمد الشافعى المصرى المعروف بالشعرانى، دار الكتب العلمية، جـ٢ ص٩٧.

(٣) بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص٢٠٨.

في الرهن، وليس له حيتئذ الرجوع فيه. بينما هو شرط في كمال الفائدة وإتمام عملية الرهن بالنسبة للمرتهن، أى لاتكتمل مزايا الرهن للمرتهن بغير القبض، بينما يلزم الرهن في حق الراهن بتمام الإيجاب والقبول بحيث يجبر على تسليم الشيء المرهون بعد ذلك مالم يكن هناك مانع من التسليم، ومن ثم فليس له حق الرجوع في الرهن قبل تمام القبض.

وبهذا تتحدد طبيعة القبض في الفقه الإسلامى. فبينما يرى جمهور الفقهاء أنه شرط لزوم، يرى المالكية أنه شرط تمام الرهن، وأن الرهن بدونه يعتبر لازماً بمجرد القول. وهذا يذكرنا بما قاله فقهاء القانون المدنى قديماً وحديثاً. حيث كان التسليم قديماً ركناً في العقد يبطل بدونه، إلا أنه أصبح حديثاً التزاماً يقع على عاتق الراهن، يجوز اجباره عليه إذا لم يقم بالتسليم اختياراً، وذلك بعد قيام العقد الصحيح بدون التسليم، وماذلك إلا تطبيق للقواعد العامة للعقود في هذا الشأن.

وإذا كان الراجح لدينا أن القبض في الفقه الإسلامى شرط لزوم عقد الرهن، فإنه يتفرع على هذا الرأى مسألة استدامة القبض، بمعنى أن يكون قبض المرتهن للمرهون مستمراً حتى ينقضى الرهن كقاعدة عامة. حيث اشترط الحنفية والمالكية والحنابلة لصحة القبض أن يكون مستمراً، وبناء على هذا الشرط فإن المرتهن إذا رد الرهن باختياره إلى الراهن، أو أعاده إليه بإعارة أو إجارة مثلاً بطل الرهن عند كل من الحنفية والمالكية، وزال لزوم الرهن وبقى العقد عند الحنابلة، وكأنه لم يوجد فيه قبض، فإذا أعاد الراهن الرهن إلى المرتهن فإن العقد يعود إلى اللزوم عندهم بحكم بقاء العقد السابق، في

حين لايعود عند الحنفية والمالكية إلا بمقتضى عقد جديد، لأن العقد السابق عندهما انتهى بالبطلان.

واستدل الفقهاء الثلاثة على استدامة القبض بقوله تعالى: ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ فالمصدر المقترن بالفاء في جواب الشرط هو في معنى الأمر، ومن ثم دلت الآية على اشتراط وجود القبض واستدامته(١).

وقد خالف الشافعية جمهور الفقهاء في شرط استدامة القبض، حيث يرون أن استدامة القبض فيما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ليس من شروط صحة القبض، ومن ثم ليس للمرتهن أن يحسبه على الدوام، فيباح للراهن استرداده إذا كان مما ينتفع به مع بقاء عينه، ولايضره الانتفاع به، ومن ثم لايمنع القبض إعارة المرهون للراهن واستخدامه في الركوب والسكنى وغير ذلك مما لايضر به.

أما إذا كان المرهون مما لايمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه نفسه، فلايجوز للراهن استرداده من المرتهن للانتفاع به بعد قبضه، ووجب في هذه الحالة استدامة قبضه، واستمرار يده عليه، لأنه بمثابة الوثيقة التى تضمن له حقه، فلايجوز له أن يردها إلى الراهن، وإلا تعرض القبض للزوال وعدم اللزوم(٢).

واستدل الشافعية على مذهبهم بأن الرسول ﷺ قال: «الرهن يركب

(١) بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص٢١٤ ومابعدها، حاشية الدسوقى، المرجع السابق، ص٢٣٢، المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٤٠١ ومابعدها.

(٢) المهذب للشيرازى، المرجع السابق، ص٣١١، التهذيب للبغوى، المرجع السابق، ص١٠ ومابعدها الحاوى الكبير، المرجع السابق، ص١٠٤ ومابعدها.

بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة»[1] .

فجعل رسول الله ﷺ الرهن مركوباً ومحلوباً، ولايخلو ذلك أن يكون للراهن أو للمرتهن، ولايجوز أن يكون ذلك للمرتهن، لأنه لايستحق ذلك، كما أن ذلك إنما يكون في مقابلة النفقة وهى واجبة على الراهن لاالمرتهن، فثبت بهذا أن ذلك جائز للراهن، فصار مستحقاً لازالة يد المرتهن عن المرهون، ثم لم يزل حكم الرهن عنه، فثبت أن استدامة قبضه ليس شرطاً في صحته كل هذا مالم يفوت على المرتهن مصلحته من الرهن، فإن فاتت بذلك فالمرتهن أولى بالاعتبار من الراهن، وأصبح استدامة الرهن شرط لصحته كما قال جمهور الفقهاء.

وخلاصة القول في مسألة استدامة القبض أنه شرط في صحة الرهن، فمتى حصل مقبوضاً ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن باستخدام أو بعارية أو وديعة أو غير ذلك، فقد خرج المرهون من الرهن، خلافاً للشافعى، لقوله تعالى: ﴿ فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ فعم سائر أحوالها، ولأنها حال من أحوال الرهن فكانت تبقيته في يد الراهن باختيار المرتهن مخرجة له عن الرهن[2] ، وهو ماقال به الشافعية فيما لم يمكن بقاء عينه باستخدامه وهو مايقوى - من

---

(١) الحديث لأبى هريرة: أخرجه البخارى في الرهن برقم ٢٥١١، ٢٥١٢ والترمذى برقم ١٢٥٤ وأبو داود برقم ٣٥٢٦، وابن ماجة برقم ٢٤٤٠.

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة، للقاضى أبى محمد عبد الوهاب على بن نصر المالكى، تحقيق/ محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعى، دار الكتب العلمية، جـ٢، ص١٤٦.

وجهة نظرنا - رأى جمهور الفقهاء في هذه المسألة وعلى الجملة فإن خروج الشيء المرهون من يد المرتهن باختياره إلى يد الراهن يزيل لزوم الرهن، فإذا عاد الشيء المرهون للمرتهن عاد اللزوم بحكم العقد السابق، ويعبر عن ذلك بأن استدامة القبض شرط في لزوم الرهن، بحيث يظل العقد صحيحاً إذا خرج المرهون من يد المرتهن، ويكون له استرداده مالم يقم مانع كبيع الراهن للشيء المرهون، ومن ثم فإن استدامة الرهن شرط في صحة الحوز فقط والحوز يعنى لزوم الرهن، وهذا ماقال به الحنابلة. ويعتبر استمرار يد المرتهن على الشيء المرهون بعد قبضه شرطاً في صحة العقد، بحيث يبطل العقد عند خروج المرهون من يد المرتهن اختياراً، ولايعود المرهون إلى المرتهن إلا بعقد جديد لانتهاء العقد السابق بالبطلان، وهذا ماقال به الحنفية والمالكية. ولاتعتبر استدامة القبض شرطاً لا في العقد ولا في لزوم الرهن، بل للراهن أن يسترد الشيء المرهون بعد قبضه لينتفع به إذا كان مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، ولم يكن في استرداده ضرر أو خطر على الشيء المرهون كسكنى الدار أو ركوب الدابة المرهونة، بخلاف ماإذا كان الشيء المرهون مما لاينتفع به إلا باستهلاكه، فلايجوز للراهن استرداده حينئذ، ويعتبر استدامه القبض في هذه الحالة الأخيرة شرط في لزوم الرهن(1) وهذا ماقال به الشافعية.

وبناء على ذلك فإن طبيعة القبض في الفقه الإسلامى قد تكون للزوم الرهن، وقد تكون لتمامة، كما أن استدامة القبض قد تكون شرطاً للزوم الرهن، أوشرطاً في صحة عقد الرهن، وقد لاتكون شرطاً للزوم الرهن أو

(1) التهذيب، المرجع السابق، ص١٤ حيث ذكر أن القبض يصح بعد زواله لأنه يقض إلى اللزوم، وذلك دون حاجة إلى عقد جديد.

صحته، على خلاف بين الفقهاء في ذلك كما بينا.

ثالثاً : شـروط صحـة القبـض

يعتبر استدامة القبض أحد أهم شروط القبض للمرهون في الفقه الإسلامى، وإنما تناولناه بالشرح والتفصيل في البند «ثانياً» لأنه يتفرع عن القول بطبيعة القبض وماإذا كان للزوم الرهن أم لتمامه على نحو ماأسلفنا. يضاف إلى ذلك أنه يوجد شرطان للقبض - فضلا عن استدامته - أحدهما متفق عليه، والآخر مختلف فيه.

فأما المتفق عليه فهو شرط الاذن من الراهن للمرتهن في القبض، حيث اتفق الفقهاء على أنه لابد لصحة القبض من إذن الراهن، إذ به يلزم الرهن، ويسقط حق الراهن في الرجوع عن الرهن، وليس للمرتهن قبض الرهن إلا بإذن الراهن، لأنه لايلزمه تقبيضه، فاعتبر إذنه في قبضه كالواهب، فإن تعدى المرتهن فقبضه بغير إذن لم يثبت حكمه، وكان بمنزلة من لم يقبض، وإن أذن الراهن في القبض ثم رجع عن الاذن قبله زال الحكم، فإن رجع عن الاذن بعد القبض لم يكن لرجوعه فائدة، وذلك لاتصال القبض بالإذن.

وإذن الراهن في القبض نوعان: صريح كأن يقول: أذنت له بالقبض، أو رضيت بالقبض أو إقبض. ودلالة كأن يقبض المرتهن المال المرهون بحضرة الراهن فيسكت ولاينهاه ولايعترض على عملية القبض التى تمت بحضرته. وخالف في ذلك زفر من الحنفية، حيث يرى أن الإذن بالقبض لايكون إلا صريحاً، فإن كان دلالة فإنه لايصح قياساً على الهبة، كما لايصح الإذن بالقبض بعد انتهاء مجلس العقد، وذلك لأن القبض عنده ركن في العقد

لاشرط في صحته. ومعلوم مما سبق أن هذا الرأى مرجوح. إذ القبض ـ وفقاً للرأى الراجح ـ شرط في لزوم الرهن أى شرط صحة لاركن[1].

وأما المختلف فيه فهو كون كل من المتعاقدين في عقد الرهن أهلاً للتصرف حين القبض، بأن يكونا بالغين عاقلين، غير محجور عليهما لسفه أو صغر، لأن القبض هو الذى يترتب عليه أثر عقد الرهن، فوجب في القبض ماوجب عند العقد من أهلية التصرف. والواقع أن هذا محل اتفاق أيضاً بين الفقهاء وفقاً للقواعد العامة في العقود الشرعية، بأن يكون العاقدان أهلاً للتصرف المبرم بينهما[2] غير أن الخلاف بين الفقهاء قائم في حالة ما إذا فقد أحد المتعاقدين أهليته لابرام التصرف بعد العقد وقبل القبض وذلك على النحو التالى: ـ

يرى الحنفية أن العقد باطل، وذلك لزوال أهلية العاقد قبل تمام العقد، إذ العقد لايتم ولايلزم عندهم إلا بالقبض[3].

في حين يرى الشافعية في الأصح من مذهبهم والحنابلة أن عقد الرهن لايبطل، كالبيع بشرط الخيار، وفي هذه الحالة يقوم الولى مقام العاقد الذى فقد أهليته، كما يقوم الوارث مقام المورث، فلو مات أحد المتعاقدين أو جن،

---

(١) راجع في اتفاق الفقهاء في هذا الشرط: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص٢٠٨ ومابعدها، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص٢٤٥، المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٤٠٢ ومابعدها، مسألة «٣٢٧٩»، التهذيب، المرجع السابق، ص١٤.

(٢) أنظر: أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، دار الفكر العربى، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ١٩٩٦م جـ٣، ص٤٦٧.

(٣) بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص٢٠٤. وأنظر المادة ٩٥٦ من مرشد الحيران.

فإن وارثه أو وليه يقوم مقامه في التسليم والقبض[1] .

وذهب المالكية إلى أن الرهن يبطل بموت الراهن أو جنونه قبل القبض، بخلاف المرتهن لو مات أو من قبل القبض فلايبطل الرهن، لأن العقد لزم بالقول، وجملة تمامه القبض من جانب الراهن لامن جانب المرتهن، فإن مات الراهن أو فقد أهليته فإن العقد يبطل ولايتم، بخلاف المرتهن فإن له في إمضائه مصلحة ظاهرة، ومن ثم فإنه إذا جن أو فقد أهليته فإن وارثه أو وليه يقوم مقامة في القبض وإمضاء العقد[2] .

وبهذا نجد أن الفقهاء متفقين على شرطى صحة القبض وهما : إذن الراهن بالقبض للمرتهن، وأهلية كل من المتعاقدين لمباشرة عقد الرهن. والخلاف إنما وقع فيما لو فقد أحد المتعاقدين أهليته بعد الرهن والإذن فيه وقبل القبض، وذلك على التفصيل الذى ذكرناه.

رابعاً : الأثار المترتبة على القبض[3]

يتضح مما سبق أن الرهن لايتم ولايلزم بمجرد القول، وعلى ذلك لايلزم الراهن بالمضى فيه قبل تسليم المرهون، فله أن يرجع عنه، فإذا تسلم المرتهن المرهون لزم بالنسبة للراهن فلايكون له أن يفسخه، ولايملك استرداده ورفع

(١) التهذيب، المرجع السابق، ص١٤، الحاوى الكبير، المرجع السابق، ص٩٨ ومابعدها، المغنى، المرجع السابق، ص٤٠٠ .

(٢) حاشية الدسوقى، المرجع السابق، ص٢٣١ .

(٣) راجع في ذلك تفصيلاً : الشيخ على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص٤٦٩ .

يد المرتهن عنه، ولكنه لايلزم بالنسبة للمرتهن، فله أن يفسخه ويرد المرهون إلى مالكه، ولم يخالف في ذلك إلا الامام مالك الذى جعل الرهن لازماً بمجرد الإيجاب والقبول، إلا أنه لايتم عنده إلا بالقبض، ومن ثم يلزم الراهن بالمضى فيه مادام حيا، ويجبر على تسليم المرهون، فإذا مات بطل الرهن.

ويترتب على تسليم الرهن إلى المرتهن الآثار الآتية : -

١ - حق الحبس

فيكون للمرتهن حق حبسه إلى أن يستوفى الدين الذى رهن به، ولايجوز له أن يحبسه بدين آخر لم يرهن به، سواء كان سابقاً على الرهن أم لاحقا عليه. وليس للراهن أن يطالب بتسليم الرهن أو أى جزء منه إلا إذا أدى جميع الدين المرهون له المال. وإذا تعدد الدائنون المرتهنون، فلايعود الرهن إلى الراهن إلا إذا أدى جميع ديون المرتهنين، فإذا أدى دين واحد منهم، لم يكن له أن يسلم إليه ماقام على حبسه من الرهن، لأنه لايزال محبوساً بالنسبة لديون الآخرين وهو نائب عنهم في حبسه. كما أن للمرتهن أن يحبس جميع المرهون مادام قد بقى له جزء ولو قليل من الدين، فالمال المرهون ضامن لكل جزء من أجزاء الدين المضمون.

٢ - حق المطالبة بالدين مع الرهن

حيث لايمنع الرهن المرتهن من حقه في المطالبة بدينه متى كان حالاً، لأن الرهن للتوثيق والدين معه قائم، فإذا كان حالاً كان لصاحبه حق المطالبه به، فإذا حضر الدين فإنه لايسلم إلى الدائن إلا بعد احضار الرهن، إذ لاموجب لبقائه في يد المرتهن بعد وفاء الدين.

٣ - اختصاص المرتهن بالرهن

يختص المرتهن بالرهن عن سائر الغرماء، وعلى ذلك فإذا كان على الراهن ديون كثيرة لاتفى بها أمواله، وبيع الرهن لسداد الدين، كان للمرتهن أن يستوفى دينه أولاً من ثمنه، فإن وفى بالدين المضمون فقط فلاشيء لبقية الغرماء، وإن زاد فمابقى بعد سداد الدين المضمون يكون لسائر الغرماء يقتسمون الباقى بينهم قسمة الغرماء طالما لايوجد بينهم دين مضمون برهن، فإن لم يوف الرهن بسداد دين المرتهنين، كان المرتهن متساوياً مع الغرماء في بقية دينه. وهى القاعدة التى يطلق عليها قانونا فكرة التقدم والتتبع.

٤ - حكم الموت بالنسبة للرهن

لاتأثير لوفاة كل من الراهن والمرتهن في الرهن، طالما تم القبض للمرهون. فإذا توفى الراهن لم يكن لورثته طلب استرداد العين المرهونة من المرتهن إلا إذا أوفوا بالدين، أى تم الوفاء بالدين من إجمال تركة المورث، إذا كان الدين حالاً لأن الراهن ورث العين المرهونة محملة بحق الرهن، فلايتم استخلاصها إلا بالوفاء بهذا الحق. وإذا مات المرتهن قام وارثه في احتباس الرهن مقامه، لأن حق الاحتباس حق مالى، ينتقل بالوراثة إلى ورثة المرتهن.

٥ - الانتفاع بالرهن

لايجوز لكل من الراهن والمرتهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الآخر، لأن الرهن باق على ملك الراهن، وحق المرتهن متعلق بماليته لابمنافعه، فلاينتفع به إلا بإذن مالكه وهو الراهن.

وكذلك ليس للراهن يد على المال المرهون، إذ الفرض أنه تم إقباضه إلى المرتهن، ومن ثم فلا يمكنه الانتفاع به إلا بقبضه منه، وهو لايكون إلا بإذن من المرتهن. على أن انتفاع الراهن بالرهن بإذن من المرتهن ينبغى أن يفسد الرهن لخروج المرهون من تحت يد المرتهن، إلا أنه لايفسد في هذه الحالة إذ يكون للمرتهن حق استرداده وارتفاع الفساد عنه. كما أن إنتفاع المرتهن بالمرهون بإذن من الراهن ينبغى أن يكون محسوبا على أساس خصم غلة الانتفاع من أصل الدين المضمون، هروباً من شبهة الربا في هذه الحالة. وسوف نفصل القول في ذلك عند الكلام عن أحكام الانتفاع بالمرهون - إن شاء الله تعالى.

* * *

الفصـــل الثـــانى
أحـكـــام الانتفـــاع بالمرهـــون

تمهيــد وتقسيـــم :

علمنا سابقاً أن عملية تسليم المرهون للدائن المرتهن هى أهم مقومات الانتفاع بهذا المرهون فقها وقانونا، بيد أنه بعد تسلم الدائن المرتهن للشىء المرهون لايكون له أن ينتفع به إلا بوسيلة خاصة وشروط محددة، يجوز له بعد توافرها أن ينتفع بالمرهون. ومع ذلك فإن المرهون يظل على ملك صاحبه، ومعلوم أن للمالك أن ينتفع بملكه متى شاء وكيفما شاء، لايقيده في ذلك سوى اعتبار عام وهو عدم الحاق الضرر بالآخرين أو بمعنى آخر عدم التعسف في استعمال الحق على نحو يضر الآخرين.

ولهذا فإن أحكام الإنتفاع بالمرهون ينبغى معالجتها في ضوء أحكام الفقه القانونى والفقه الإسلامى على حد سواء، حيث أن هذا الإنتفاع له وسائله وشرائطه، بعد بيان مقوماته، وذلك في كل من الفقه القانونى والفقه الإسلامى. ولهذا فسوف أعقد لهذا الفصل مبحثين أحدهما عن أحكام الانتفاع بالمرهون في الفقه القانونى، والآخر عن هذه الأحكام في الفقه الإسلامى. وذلك على النحو التالى : ـ

المبحث الأول

في

أحكام الانتفاع بالمرهون في الفقه القانونى

تمهيد وتقسيم:

تتناول أحكام الانتفاع بالمرهون - من وجهة نظرى على الأقل - انتفاع الراهن وانتفاع المرتهن، والراهن هو مالك المال المرهون، وللمالك أن ينتفع بملكه دون قيد أو شرط اللهم إلا القيد العام السابق ذكره.

وللمرتهن كذلك أن ينتفع بهذا المال باعتباره وسيلة ضمان للدين المرهون، وله في هذا الصدد أن ينتفع به مع خصم عائد هذا الإنتفاع من أصل الدين على نحو ماسنرى.

بيد أن حيازة المال المرهون إنما تكون في يد الدائن المرتهن، ومن ثم فإن انتفاعه به قد يكون طبيعياً إذا توافر له وسيلة هذا الإنتفاع، والتى تمثل - وواجبا عليه في ذات الوقت، أما المدين الراهن، فلئن كان مالكا للمال المرهون إلا أنه لايحوزه، وفقا لقاعدة التسليم أو القبض للمال المرهون، ومن ثم فإن إنتفاعه بهذا المال لايكون إلا بوسيلة خاصة تحدث عنها فقهاء القانون وتكمن في تنازل الدائن المرتهن عن حيازته للمال المرهون باختياره، مع حقه في استرداد هذا المال، وبالتالى يستطيع المدين الراهن أن ينتفع به أثناء عملية التنازل هذه.

وإذا جاز للدائن المرتهن أن ينتفع بالمال المرهون، فماهى الآثار المترتبة على هذا الإنتفاع، وقد توجد بعض هذه الآثار فيما إذا كان الانتفاع من قبل المدين الراهن.

ولهذا فسوف أعقد لهذا المبحث الفرعين الآتيين: ـ

الفـــرع الأول: وسائــل الانتفـــاع بالمـــال المرهـــون

تظل ملكية المرهون للراهن بالرغم من تنازله عن حيازته، ومن ثم فإنه يجوز له أن يتصرف في المال المرهون ـ باعتباره مالكا له ـ تصرفا قانونياً بنقل ملكية الشيء المرهون أو ترتيب حق عينى عليه، مادام التصرف لايضر بحق الدائن المرتهن. وإذا كانت حيازة المال المرهون تنتقل إلى الدائن المرتهن، فإن انتفاع الراهن بهذا المال ـ بالرغم من كونه مالكا له ـ يكتنفه صعوبة في هذا الانتفاع، لعدم حيازته الفعلية له. في حين نجد أن الدائن المرتهن، وبالرغم من حيازته للمال المرهون بمقتضى التسليم أو القبض، فإن هذه الحيازة إنما تكون قانونية فيما يتعلق بحق الرهن، بينما هى حيازة عرضية فيما يتعلق بحق الملكية.

والحائز العرضى ليس له أن يتصرف (ينتفع) بالشيء المحاز، إذ هذا التصرف يتوقف على وجود حق الملكية لهذا الشيء والحائز العرضى لايكون مالكا بحال من الأحوال.

من هنا وجدنا صعوبة في الانتفاع بالمال المرهون، سواء كان هذا الإنتفاع للراهن، أو للمرتهن ومن ثم كان لابد من إيجاد وسيلة تلغى هذه الصعوبة، وقد وجدنا هذه الوسيلة بين طيات النصوص القانونية وأقوال الفقهاء القانونيين، لتلاشى العقبات التى تحول دون انتفاع كل من الراهن والدائن المرتهن بالمال المرهون.

فبالنسبة للراهن (المدين) : نجد أن حيازة المال المرهون لاتتوافر في حقه، بل من شروط الرهن الحيازى ـ على نحو ماأسلفنا ـ انتقال هذه الحيازة إلى الدائن المرتهن، بحيث لاتعود هذه الحيازة إلى المدين الراهن بل ويترتب على عودة الشيء المرهون إلى الراهن انقضاء الرهن كقاعدة عامة(١) .

إذ يستخلص من إرجاع المرهون إلى الراهن أن الدائن المرتهن قد نزل عن الرهن. وقد حكم بأنه متى كان الدائن المرتهن قد تخلى عن حيازة الأطيان المرهونة باختياره، فقد تنازل عن الرهن، ويكون وحده المسئول عن اضعاف التأمينات، مما لايسقط حق المدين في الأجل(٢) .

وهذه القاعدة نص عليها القانون المدنى، حيث تقضى المادة ١١٠٠ منه بأنه : «إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لايقصد به إنقضاء الرهن، كل هذا دون اخلال بحقوق الغير» .

كما نصت المادة ١١١٠/ ٢ منه على أنه «إذا خرج الشيء (المرهون) من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير (المدين الراهن) وفقا لأحكام الحيازة» .

ومعنى ذلك أن الأصل هو بقاء حيازة الشيء المرهون في يد الدائن المرتهن، وذلك طوال مدة الرهن، بحيث إذا خرج الشيء المرهون من حيازة الدائن المرتهن إلى حيازة المدين الراهن، برضا الأول صراحة أو ضمنا بعلمه

---

(١) د. السنهورى، المرجع السابق، ٩١٦ .

(٢) نقض مدنى في ١١/ ٢/ ١٩٦٩ (مجموعة الأحكام س٢٠ ص٣٠٣) .

بذلك، انقضى الرهن قديما، بناء على أن التسليم كان ركنا في الرهن، وعد قرينة على تنازل الدائن المرتهن عن الرهن وينقضى تبعا لذلك الرهن في التقنين الجديد[1] .

غير أن فقد الدائن المرتهن لحيازة الشيء المرهون ورجوعه إلى المدين الراهن، إنما يعد وفقا للقانون المدنى الجديد قرينة على انقضاء حق الرهن، وهى في حد ذاتها قرينة بسيطة، يجوز للدائن المرتهن أن ينفيها بإثبات أن رجوع الشيء المرهون إلى حيازة الراهن إنما كان بسبب لايقصد به انقضاء الرهن، كما لو أثبت أنه سلم المرهون لاصلاحه أو للانتفاع به.

غير أنه إذا سلم الدائن المرتهن المال المرهون للراهن للانتفاع به، كما لو أجره أياه أو كان عنده وديعة أو عارية فإنه يجب أن يؤشر بذلك في هامش القيد الخاص بالرهن[2] وبهذا تقضى المادة ١١١٥ من القانون المدنى[3] .

وبهذا يتضح أن وسيلة انتفاع المدين الراهن بالشيء المرهون إنما تكمن في عودة الشيء المرهون إليه، والمقصود بذلك عودة الحيازة إليه بعد أن تنازل عنها. وهذه العودة وإن كانت بحسب الأصل ينقضى معها الرهن إلا أنها قد

---

(١) د. جمال زكى، المرجع السابق، ص٣٨٥ ومابعدها.

(٢) د. العطار، المرجع السابق، ص٢٠٨ ومابعدها.

(٣) تنص المادة ١١١٥ مدنى على أنه «يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير، فإذا اتفق على الإيجار في عقد الرهن وجب ذكر ذلك في القيد ذاته، أما إذا اتفق عليه بعد الرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد، إلا أن هذا التأشير لايكون ضرورياً إذا جدد الإيجار تجديدا ضمنياً».

تكون عودة يقصد بها انتفاع الراهن بالشيء المرهون دون تنازل عن الرهن من قبل الدائن المرتهن. ومثل هذه العودة للشيء المرهون تحفظ للدائن حقه في أن يسترد هذا الشيء من الراهن بعد انتفاعه به[1] .

وهذه هى الوسيلة الفنية التى يمكن من خلالها للمدين الراهن أن ينتفع بالشيء المرهون، ولو كان هذا الانتفاع في حد ذاته بمقابل، كما لو كان إيجارا إذ أن هذا المقابل إنما يحصل عليه الدائن المرتهن ويقوم بخصمه في النهاية من أصل الدين، مما يشكل انتفاعاً للراهن في نهاية الأمر أيضا بتخفيض قيمة الدين المضمون.

وبالنسبة للمرتهن (الدائن) : نجد أن حيازته للشيء المرهون إنما هى حيازة عرضية لاتكسبه التصرف أو الانتفاع بالشيء المرهون. غير أن بقاء المرهون تحت يده دون استغلال له، إنما هو في حد ذاته تعطيل لانتاج هذا الشيء وثماره، مما يشكل في النهاية اضرارا بالراهن، في الوقت الذى جعل فيه الرهن وسيلة ائتمان وضمان تحفظ للمدين حقه، كما تضمن للدائن دينه فبقاء المرهون تحت يد المرتهن دون استغلال له فيه من الأضرار بالمدين الراهن مافيه، فلئن كانت حيازة الدائن المرتهن لمحل الرهن في الرهن الحيازى تمثل وسيله لتأمين وفاء الدين بالتزامه المضمون بالرهن عند حلول أجل الوفاء به، إلا أن ذلك لايجوز أن يتبع تعطيل الشيء المرهون عن استغلاله فيما أعدله،

---

(١) ويذهب البعض في هذا الصدد إلى أنه في الوقت الذى يوجد فيه الشيء في حيازة الراهن، فإنه يدخل في عناصر ائتمانه في الظاهر، فإذا نشأ للغير حسن النية حقوق على هذا الشيء، في هذا الوقت، كانت نافذة في حق الدائن المرتهن، (د. منصور مصطفى، المرجع السابق، بند ٢٢٢، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٣٧١).

لذا أوجب القانون المدنى على المرتهن أن يستثمر الشيء المرهون استثمارا كاملا، مالم يتفق على غير ذلك[1] فالإستثمار للشيء المرهون في هذه الحالة ليس مجرد حق للمرتهن، بل واجب عليه، فإن ترك الشيء المرهون بدون استثمار أو لم يستثمره استثمارا كاملا، كان مسئولا عن تقصيره[2].

ويبدو أن واجب الاستثمار للشيء المرهون الملقى على عاتق الدائن المرتهن إنما هو تابع أساسا من فكرة انتقال حيازة الشيء المرهون إليه، غير أن هذا الانتقال لايكفى وحده لهذا الاستثمار، بل يجب - إضافة إلى ذلك - أن يتفق الدائن المرتهن مع المدين الراهن على هذا الاستثمار[3] فإذا لم يتم هذا الاتفاق كان الاستثمار واجب بمجرد التسليم، فالإستثمار للشيء المرهون التزام يقع على عاتق الدائن المرتهن عموماً، تم الاتفاق عليه بين الدائن المرتهن والمدين الراهن أو لم يتم، طالما تم تسليم المرهون للدائن المرتهن.

ويقوم المرتهن باستثمار الشيء المرهون فيما أعدله، سواء استثمره بنفسه عن طريق استعماله، أو استثمره بواسطة الغير عن طريق تأجيره. والمعيار الذى يحدد مسئولية الدائن المرتهن عن الاستثمار إنما هو معيار الشخص العادى[4].

هذا وإذا كان التزام المرتهن باستثمار المال المرهون من طبيعة الرهن

(١) م ١١٠٤/ ٢ مدنى.
(٢) د. البدراوى، المرجع السابق، ص٣٥٢.
(٣) د. السنهورى، المرجع السابق، ص٩٤٥.
(٤) د. البدراوى، المرجع السابق، ص٣٥٢، د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص٣٧٨.

الحيازى، إلا أنه ليس من مستلزماته، فيجوز له الاتفاق على ترك المرهون بدون استثمار[1] .

ويلاحظ أن للمرتهن أن يسترد ماينفقه في الادارة والاستثمار خصما من غلة المال المرهون، فإذا زرع الأرض بنفسه كان له أن يخصم من الغلة نفقات الزراعة، وإذا أجرها كان له أن يخصم من الأجرة مصاريف العقد وتحصيل الأجرة . وله في جميع الأحوال أن يخصم من الغلة مايؤديه من ضرائب أو عوائد مقررة على المال المرهون.

ويعتبر الدائن المرتهن في إدارة الشيء المرهون واستغلاله واستثماره والاستيلاء على ثماره أصيلاً عن نفسه فيما هو مستحق له، باعتبار أن حق الرهن يخوله ذلك، إذ يخصم نتيجة هذا الاستثمار من أصل الدين. أما مازاد على المستحق له فإنه يعتبر نائبا عن الراهن فيه، لأن غلة الشيء المرهون من حق الراهن في الأصل، ويخصمها الدائن المرتهن من المستحق له، فكان استثمار الشيء المرهون واجب على الدائن المرتهن، وحقا له، مالم يتفق على غير ذلك. وبالتالى كان أصيلا عن نفسه فيما هو مستحق له، ونائباً عن الراهن فيما يزيد على المستحق له[2] .

وقد ذهب رأى في الفقه المصرى إلى أن الدائن المرتهن يعتبر أصيلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن في إدارة الشيء المرهون والاستيلاء على ثماره بمقتضى حق الرهن، سواء ماكان مستحقاً له أو مازاد على المستحق له، وذلك

---

(١) د. البدراوى، المرجع السابق.

(٢) د. العطار، المرجع السابق، ص٢٣٥ ومابعدها.

استناداً إلى ماجاء بالمذكرة التوضيحية للمشروع التمهيدى، والتى ذهبت إلى أن الحق في أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حق الرهن، والدائن المرتهن في هذا قريب من صاحب حق الانتفاع، كلاهما يستثمر الشىء بماله من حق عينى[1] .

بينما ذهب رأى آخر إلى أن الدائن المرتهن إنما هو نائب عن الراهن في إدارة الشىء المرهون واستثماره نيابة قانونية[2] أو نيابة اتفاقية[3] حيث أن الدائن المرتهن في ذلك إنما يعد وكيلاً عن الراهن، فالدائن المرتهن رهن حيازة يعتبر أنه وكيل عن المدين الراهن في استغلال وإدارة العين المرهونة وقبض ريعها، وأن عليه بهذا الوصف أن يقدم إلى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك.

بيد أن هذه الآراء جميعها وجد عليها مآخذ أرى أن الراجح في ذلك هو أن الدائن المرتهن أصيل عن نفسه فيما هو مستحق له نائبا عن الراهن فيما زاد على ذلك[4] .

---

(١) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، بند ١٧٧ . د. منصور مصطفى، المرجع السابق، بند ١١٨ ص٢٣٤ . عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، بند ٤٨٦ ص٦١١ .

(٢) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، بند ٢٩١، ص٤٥٣ .

(٣) قضت بذلك محكمة النقض المصرية. نقض مدنى في ٢٣/ ١١/ ١٩٥٠ (مجموعة القواعد، جـ١، ص٣٩٣، رقم ١٠).

(٤) راجع آراء الفقهاء ونقد هذه الآراء تفصيلا: د. رأفت حماد، المركز القانونى للعدل في الرهن الحيازى في القانون المدنى المصرى، ١٩٨٨، ص٦٠ ومابعدها، د. العطار، المرجع السابق، ص٢٣٥ ومابعدها، هامش (٢)، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٢١٠ ومابعدها، د. البدراوى، المرجع السابق، ص٣٥٧ ومابعدها.

وبهذا يتضح أن وسيلة الدائن المرتهن في الانتفاع بالمال المرهون إنما تكمن في التزامه باستثمار هذا المال استثمارا كاملا. غير أنه في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى الأمور الآتية: ـ

أولاً: أن الدائن المرتهن وإن كان ملتزما باستثمار الشيء المرهون على هذا النحو، إلا أنه ليس هناك مايحول دون جواز الاتفاق على ترك محل الرهن بدون استثمار، لأنه وإن كان الاستثمار من طبيعة الرهن إلا أنه ليس من مستلزماته ـ كما قدمنا ـ، كما أنه يجوز للمدين الراهن اعفاء المرتهن من هذا الالتزام. يستوى أن يتم الاتفاق على ذلك في عقد الرهن أو بعده، كما يستوى أن يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً يستدل عليه من ظروف الحال.

ثانياً: أن الدائن المرتهن وإن كان ملتزماً بحسب الأصل باستثمار الشيء المرهون مالم يتفق على غير ذلك، إلا أنه يستثنى من ذلك ما إذا كان محل الرهن نقودا، فإنه وإن ساغ رهنها إلا أن المرتهن يعف من استثمارها لأنها تختلط بماله حينئذ، وحتى لو استثمرها فإنه لايلزم إلا برد مثلها، ومن ثم فإنه لايلتزم برد ماعاد عليه من ريع هذا الاستثمار أو استنزاله من أصل الدين.

ثالثاً: أن الدائن المرتهن وإن كان ملتزما باستثمار الشيء المرهون، إلا أنه لايستحق أجرا على قيامه بذلك، بحسب أن له فيه حقا، وإن كان ذلك لايحول دون الاتفاق الصريح بين الراهن والمرتهن على حق هذا الآخير في تقاضى أجر على استثماره واستغلاله للشيء المرهون، وهذا بخلاف العدل، إذ يستحق الحصول على أجر استغلاله للشيء المرهون[1].

---

(١) راجع ذلك تفصيلا: د. عبد السميع أبو الخير، التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره في الفقه الإسلامى والقانون المدنى، ١٩٩٤، دار النهضة العربية، ص٧٧ـ٧٨.

وهكذا نجد أن وسيلة الانتفاع بالمال المرهون بالنسبة للراهن تكمن في تنازل المرتهن عن حيازة المال المرهون دون قصد انقضاء الرهن، بل لمجرد انتفاع الراهن به، مع الاحتفاظ بحقه في استرداد الشيء المرهون بعد انتفاع الراهن به، كما نجد أن وسيلة الانتفاع بالمال المرهون بالنسبة للمرتهن تكمن في حقه في استثمار هذا المال الذى هو واجب والتزام عليه في ذات الوقت، وهذا الانتفاع من قبل الدائن المرتهن للمال المرهون وإن كان يخصم غلته من أصل الدين إلا أنه يمكن المرتهن من الانتفاع به، إذ تقتضى مصلحته سداد الدين وانقضاء الرهن، والحصول على حقه كاملا عند حلول أجل الوفاء به. وهذا باختصار وسيلة الانتفاع بالمال المرهون.

الفرع الثاني: آثار الانتفاع بالمرهون

علمنا في الفرع السابق أن الانتفاع بالمال المرهون قد يكون من الراهن، إذا تنازل الدائن المرتهن له عن حيازة هذا المال، وقد يكون من المرتهن، باعتباره حائزاً فعلياً لهذا المال وليس حائزاً قانونياً ومقتضى ذلك أن الانتفاع بالمال المرهون قد يكون له أثره بالنسبة للراهن، كما يكون له أثره بالنسبة للمرتهن، فالإنتفاع بالمال المرهون أثر مباشر وآخر غير مباشر. فإذا كان القانون قد ألزم الدائن المرتهن باستثمار الشيء المرهون، إلا أن هذا الاستثمار لايتم لحسابه، وإنما يتم لحساب المدين الراهن، باعتباره مالكاً له، وحيازة المرتهن لهذا المال لاتخرج الملكية عن الراهن. ومن ثم فإن الثمار الناتجة أو العائد الناتج عن استثمار الدائن المرتهن للمال المرهون إنما يمثل نماء هذا المال المملوك للراهن. ولهذا لم يجز القانون المدنى للدائن المرتهن أن يحصل على منافع الشيء المرهون دون مقابل، حيث نصت المادة ١٠٤٥/ ١ منه على أنه ليس للدائن

أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، وهذا الحكم لايصح الاتفاق على مخالفته، إذ لو جاز للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، لأدى ذلك إلى حصوله على فوائد تجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً لسعر الفائدة، فمثل هذا الاتفاق يخفى فوائد ربوية[1].

وتصدق ملكية المدين الراهن على كافة مايغله الشيء المرهون، سواء التى حصل عليها المرتهن بمقتضى استعماله الشخصى للشيء المرهون، أو تلك التى حصل عليها المرتهن من الغير أو من الراهن في حالة وجود الوسيلة الممكنة لانتفاعه بماله المرهون. وذلك كأجرة العقار مثلاً على أن يتم تقويم ماانتفع به المرتهن نفسه بواسطة أهل الخبرة عند الاقتضاء كما لو سكن الدائن المرتهن الدار المرهونة بنفسه، والقول الفصل لمحكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض، مادام حكمها قائما على أسباب سائغة[2].

ولما كان الأثر المباشر للانتفاع بالمال المرهون هو خصم غلة هذا المال من أصل الدين والفوائد القانونية - إن وجدت - فإن القانون قد ألزم الدائن المرتهن بتقديم حساب عن الغلة ومصيرها للراهن، كما أن للراهن الحق في مطالبة المرتهن بذلك إن تراخى في تقديم هذا الحساب، كما أنه يجوز لكل ذى مصلحة - كمن آل إليه محل الرهن بأى سبب من الأسباب ولدائن الراهن - مطالبة المرتهن بتقديم هذا الحساب، ولهم في سبيل ذلك سلوك طريق الدعوى

---

(١) د. توفيق فرج، المرجع السابق، ص٢٣٥ ومابعدها، د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٤٥٧، د. البدراوى، المرجع السابق، ص٣٥٣.

(٢) د. عبد السميع أبو الخير، المرجع السابق، ص١٠٠ وأنظر أيضاً: نقض مدنى في ٢١/ ١٢/ ١٩٦١ (مجموعة أحكام النقض رقم ١٣٨ ص٨١٥).

غير المباشرة، أو طريق الدعوى المباشرة باعتبارهم من الغير الذين يحتج عليهم بحق الرهن[1] .

ويعتبر هذا الأثر مباشر للانتفاع بالمال المرهون من الراهن أو المرتهن لأن القانون نص على أن مقابل الانتفاع ـ سواء من الراهن أو المرتهن ـ وثمار المال المرهون يجرى خصمها بالمقاصة مع ماهو مستحق للدائن المرتهن، حتى ولو لم يحل أجله بعد (م١١٠٤/ ٣ مدنى) وفي هذا خروج على القاعدة العامة في المقاصة والتى تشترط أن يكون الدينان مستحقى الأداء (م٣٦٢ مدنى)[2] .

ولهذا فإن الأثر المباشر للانتفاع بالمال المرهون يكمن في إجراء المقاصة بين غلة وثمار هذا الانتفاع والدين المضمون، وبتعبير آخر تقع المقاصة بين مايكون المرتهن مديناً به للراهن، باعتبار أن مايحصل عليه من غلة الانتفاع بالمال المرهون يكون مديناً به للراهن، وبين مايكون دائناً به لهذا الأخير، فتخصم الغلة من أصل الدين.

وقد وضع المشرع ترتيباً لما يجرى خصمه من صافى الربح أو مقابل الانتفاع، أى بعد خصم نفقات الإدارة والإستثمار، فيبدأ أولا بخصم مصروفات حفظ الشيء واصلاحه، ثم خصم المصروفات الأخرى التى يضمنها الرهن، كمصاريف العقد وقيد الرهن وماقتضاه تنفيذ العقد كنقل الحيازة، ثم خصم الفوائد التى تسرى على أصل الدين سواء كانت اتفاقية أو

---

(١) د. أبو الخير، المرجع السابق، ص١٠١، د. البدراوى، المرجع السابق، ص٣٥٣.

(٢) د. جمال زكى، المرجع السابق، ص٤٠٧، د. العطار، المرجع السابق، ص٢٣٧، د. البدراوى، المرجع السابق، ص٣٥٣ ومابعدها.

قانونية، وأخيرا يخصم ماتبقى من أصل الدين[1] .

ويلاحظ أن القانون المدنى قد أجاز - استثناء - عدم اتباع الترتيب السابق في خصم غلة الشيء المرهون، وذلك عند الاتفاق على جعل ثمار هذا الشيء مقابل الفوائد الربوية، حيث نصت المادة ١١٠٥ مدنى[2] على حكم خاص بشأن الفوائد الربوية، مفاده: أن الاتفاق على خصم صافى قيمة الثمار من الفوائد الربوية للدين يعتبر اتفاقا صحيحاً ونافذاً قانوناً في حدود ٧ ٪، وهو الحد الأقصى المقرر للفوائد القانونية في المسائل المدنية، فإذا لم يتفق على سعر الفوائد الربوية احتسبت على أساس سعر الفائدة القانونى وهو ٤ ٪ في المواد المدنية و ٥ ٪ في المواد التجارية، شريطة ألا يجاوز هذا السعر قيمة الثمار. أما إذا زادت قيمة الثمار على الفوائد الربوية، سواء المتفق عليها أو المقررة قانونا، فإن تلك الزيادة تخصم من مصروفات الادارة والاستثمار، ثم من مصروفات الحفظ والصيانة، ثم نفقات الدين، ثم من أصل الديـن.

هذا هو الأثر المباشر للانتفاع بالمال المرهون . أما الأثر غير المباشر لهذا الانتفاع فيتمثل في أن مقابل هذا الانتفاع قد يكون بالدرجة التى يستوفى منها

---

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. السنهورى، المرجع السابق، ص٩٤٨ ومابعدها.

(٢) تنص المادة ١١٠٥ مدنى على أنه: ١ - إذا كان الشيء المرهون ينتج ثماراً أو إيرادا واتفق الطرفان على أن يجعل ذلك كله أو بعضه في مقابل الفوائد، كان هذا الاتفاق نافذا في حدود أقصى مايسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية.
٢ - فإذا لم يتفق الطرفان على أن تجعل الثمار في مقابل الفوائد وسكتا مع ذلك عن تحديد سعر الفائدة، حسبت الفائدة على أساس السعر القانونى دون أن تجاوز قيمة الثمار فإذا لم يعينا ميعادا لحلول الدين المضمونى، فلايجوز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه إلا من طريق استنزاله من قيمة الثمار، دون اخلال بحق المدين في الوفاء بالدين في أى وقت أراد.

الدائن حقه كاملاً، إذ في هذه الحالة ينقضى الرهن، لانقضاء سببه، وإنتهاء الدين المضمون ولو لم يحل أجله ـ كما ذكرنا ـ وفي هذه الحالة يلتزم الدائن المرتهن برد الشيء المرهون. حيث أن انقضاء الدين المضمون بالرهن يستتبع حتما نقد الدائن لصفته في الاحتفاظ بحيازة محل الرهن، ومن ثم فإنه يصبح غير ذى صفة في قبضه لما يغله من ثمار أو حتى الاحتفاظ به، مما يستوجب رد تلك الثمار إلى الراهن، حتى لايثرى المرتهن على حساب المدين الراهن[١].

فضلا عن أنه يعتبر حائز سيء النية منذ زوال صفته في استغلال محل الرهن بعد انتهاء الرهن. ومع ذلك فإن القانون المدنى قد أجاز للمرتهن الحق في أن يقتطع من الثمار التى تحت يده ـ قبل تسليمها إلى المدين الراهن ـ ماأنفقه في انتاجها، حيث نصت المادة ٩٧٩ مدنى على أن «يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها والتى قصر في قبضها، غير أنه يجوز أن يسترد ماأنفقه في انتاج هذه الثمار».

هذا وقد نصت المادة ١١٠٧ مدنى على التزام المرتهن برد الشيء المرهون بعد انقضاء الرهن[٢] وكما ذكرت فإن الأثر غير المباشر للانتفاع بالمال المرهون المتمثل في انقضاء الرهن لانقضاء الدين المضمون يوجب على الدائن المرتهن هذا الالتزام، فإذا انقضى حق الرهن تبعاً لانقضاء الدين المضمون، وجب على الدائن المرتهن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن. ومن المسلم به أن

---

(١) د. شمس الوكيل، المرجع السابق، ص٥٢٧ بند ١٩٠، د. عبد الفتاح عبد الباقى، المرجع السابق، ص٢٩٢، بند ٣١٨.

(٢) تقضى المادة ١١٠٧ مدنى على أن «يرد الدائن الشيء المرهون إلى الراهن بعد أن يستوفى كامل حقه ومايتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات».

الالتزام بالرد يجب على الدائن المرتهن إذا انقضى حق الرهن لأى سبب آخر غير انقضاء الدين المضمون الذى صرحت به المادة ١١٠٧ مدنى، قياسا عليه، ولأنه لايوجد بعد انقضاء الرهن مبرر لبقاء الشىء المرهون في حيازة الدائن المرتهن.

وللراهن أن يسترد المال المرهون بدعوى شخصية هى دعوى الرهن، أو يسترده بدعوى الاستحقاق العينية بصفته مالكا له، ولايلزم الراهن غير اثبات الرهن في الدعوى الأولى، بينما يلزمه اثبات الملكية في الدعوى الثانية، مع ملاحظة أن يد الدائن المرتهن وورثته على المال المرهون يد عارضة لاتكسبهم ملكية الشىء المرهون بالتقادم[١].

ويتم رد الشىء المرهون مع ملحقاته بوضعه تحت تصرف الراهن، بحيث يتمكن من حيازته دون عائق، على أن يكون بالحالة التى كان عليها وقت التسليم، فإذا تلف أو هلك كان مسئولاً، مالم يثبت أن ذلك راجع إلى سبب أجنبى لايد له فيه (م١١٠٣ مدنى)[٢] ونفقات الرد على المدين به طبقا للقواعد العامة، وهو الدائن المرتهن هنا مالم يتفق على غير ذلك[٣].

---

(١) د. العطار، المرجع السابق، ص٢٣٩ ومابعدها.

(٢) د. البدراوى، المرجع السابق، ص٣٦٠، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٢١١ ومابعدها.

(٣) قارن الدكتور السنهورى: حيث يرى أن نفقات الرد على الراهن مالم يتفق على غير ذلك استنادا إلى أن نص الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤٤ من المشروع التمهيدى والتى تقضى بأن على الراهن نفقات رد الشىء المرهون، مالم يقض الاتفاق بغير ذلك غير أن هذا النص تم حذفه في لجنة المراجعة وذلك اكتفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٧ ص٢٢١) وتقضى القواعد العامة في هذا الشأن بأن نفقات رد الشىء المرهون على المدين بالالتزام به وهو هنا الدائن المرتهن لاالمدين الراهن، مالم يتفق على غير ذلك. ولذا أرى أن هذا هو الراجح. (د. السنهورى، المرجع السابق، ص٩٦٧).

خلاصة :

نخلص مماسبق إلى أن أحكام الانتفاع بالمال المرهون تتطلب الوسيلة المناسبة لهذا الانتفاع، وهى تختلف في الراهن عنها في المرتهن، حيث لايستطيع الراهن الانتفاع بالمال المرهون إلا إذا تنازل له المرتهن عن حيازته بقصد الانتفاع لابقصد انقضاء الرهن. كما لايستطيع الدائن المرتهن الانتفاع بهذا المال - باعتباره ليس مالكا له - إلا إذا القينا على عاتقه واجب استثمار هذا المال وعدم تركه كما مهملا، ولذا أوجبه القانون عليه. ويتمخض عن هذا الانتفاع، سواء من الراهن أو المرتهن، أثر مباشر يتمثل في خصم غلة المال المرهون المتولدة من عملية الانتفاع المشار إليها من الدين المضمون، ويتم ذلك بواسطة إجراء المقاصة الاختيارية بين الطرفين، لعدم تحقق شروط إجراء المقاصة القانونية، كما يتولد عن الانتفاع بالمال المرهون أيضا أثر غير مباشر يتمثل في انقضاء الرهن بانقضاء الدين المضمون، طالما كان مقابل الانتفاع يكفى لذلك. إذ الفرض أنه لاتناسب بين المال المرهون وبين الدين المضمون، ولذا فإنه من المتصور أن يكون مقابل الانتفاع بالمال المرهون كافيا لسداد الدين المضمون، ومن ثم ينقضى الرهن لانقضاء الدين، فيكون الانتفاع بالمال المرهون سببا غير مباشرا لانقضاء الدين المضمون، وبالتالى انتهاء حق الرهن كلية.

المبحـث الثـانى

في

أحكـام الانتفـاع بالمرهـون في الفقـه الإسـلامى

تمهيـد :

تثير فكرة الانتفاع بالمرهون في الفقه الإسلامى أكثر من علامة استفهام، كما حدث أيضا في الفقه القانونى فإنتفاع الراهن بالشىء المرهون غير متصور، إذ المرهون مقبوض للمرتهن، ولايتصور أن ينتفع بالمرهون ـ بالرغم من كونه مالكا له ـ إلا بتنازل المرتهن عن حيازة المرهون، وهذا لايصح عند من يشترطون استدامة القبض، ومن ثم فلايجوز إلا عند من يرون أن استدامة القبض ليس شرطا في صحة الرهن، أو هو شرط في صحة القبض دون الرهن، بمعنى أنه شرط لزوم للقبض لاشرط صحة للزهن.

كما أن انتفاع المرتهن بالشىء المرهون لايتصور إلا إذا أذن له الراهن بذلك. فالفرض أن المرتهن لايملك الشىء المرهون، ومن ثم فإن المرتهن لايجوز له أن يتصرف أو ينتفع بالمال المرهون لأنه لايملكه، ولايتصور ذلك إلا بإذن واضح وصريح من المالك وهو المدين الراهن. لذا كان لزاما علينا أن نبحث أحكام الانتفاع بالمرهون في الفقه الإسلامى في ضوء هذه المشكلات ولذا فإننا نفرد لكل من انتفاع الراهن والمرتهن فرعا مستقلا نبين فيه هذه الأحكام وذلك كما يلى :

الفـــرع الأول : إنتفـــاع الراهـــن بالشـــىء المرهـــون

حرص الإسلام على تنمية الأموال وتشغيلها حفاظا على حركة الحياة الإنسانية وانتعاشها، ومن ثم فلايجوز تعطيل منفعة المال المرهون بأى حال، لأن في تعطيلها ضياعا للمال وإهداراً له، ومن ثم وجب الافاده منه أثناء سريان عقد الرهن، والأصل شرعا أن ينتفع المالك بمايملك، وليس لغيره هذا الانتفاع إلا بإذنه، ولهذا فإن انتفاع الراهن بالشىء المرهون إنما يعد أصلاً شرعياً، غاية الأمر أنه يعوقه عملية قبض المرتهن للشىء المرهون. وبالتالى فلابد من تخلى المرتهن عن حيازة الشىء المرهون ليتمكن الراهن من الانتفاع به، فإذا ماكان هذا التخلى صحيحا كان انتفاع الراهن بالمرهون صحيحاً، إذ في ذلك عودة للأصل الشرعى الذى نوهنا عنه. ويبدو أن هذا هو أساس خلاف الفقهاء في ذلك حيث اختلف الفقهاء في مسألة انتفاع الراهن بالشىء المرهون إلى ثلاثة مذاهب هى : ـ

المذهب الأول : ذهب إلى أنه ليس للراهن أن ينتفع بالمرهون استخداما أو ركوبا أو حلبا أو لبسا أو سكنى أو غير ذلك إلا بإذن المرتهن، ومن ثم فإنه إذا استعاد الراهن المرهون للانتفاع به دون إذن المرتهن فإنه يجبر على رده إلى يد المرتهن، فإن أمكنه الانتفاع به تحت يد المرتهن فذلك جائز دون إذن. وهذا مذهب الحنفية والحنابلة[1] .

---

(١) بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص٢٢٠، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص٤٨٢، المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٤٣١ ومابعدها، وأنظر كذلك : المواد ٩٧٨، ٨٧٩، ٩٨٢ من مرشد الحيران.

وقـد اسـتـدلـوا على ذلك بأن المرهون مـحـبـوس، والحـبس حق ثابت للمرتهن على سبيل الدوام، وهذا يمنع الاسترداد والانتفاع، وليس للراهن في هذه الحالة أن يبيعه من غير المرتهن بغير إذنه، لما فيه من إبطال حقه من غير رضاه، ولو باعه أو انتفع به، توقف ذلك على إجازة المرتهن، إن أجاز صح ذلك، لأن عدم النفاذ في هذه الحالة يثبت للمرتهن حقه، فإن رضى ببطلان حقه زال المانع ونفذ. وهذا واضح من نص الآية الكريمة ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ وقول النبى ﷺ «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة»[1] .

فـالآية تدل على حبس الرهن، وأنه لايتحقق إلا بالقبض التام الدائم، وهذا ماذهب إليه الحنفية ومن معهم، وانضم إليهم الحنابلة في عدم الانتفاع بالمرهون من قبل الراهن إلا بإذن المرتهن، لحديث «لايغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه، له غنمه وعليه غرمه»[2] ، كما أن حديث الظهر يركب بنفقته.

---

(١) الحديث رواه الإمام البخارى، أنظر: فتح البارى بشرح صحيح البخارى لابن حجر العسقلانى، جـ٥، كتاب الرهن، باب الرهن مركوب ومحلوب، ص١٤٣. نيل الأوطار، المرجع السابق، جـ٥، ص٣٥٣.

(٢) الحديث أخرجه ابن حجر العسقلانى في بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، وقال رواه الدارقطنى والحاكم ورجاله ثقات، أنظر: سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعانى، جـ٣ ص٨٧٠ وهو رواية الشافعى عن أبى هريرة رضى الله عنه، أنظر: نيل الأوطار، المرجع السابق، جـ٥ ص٣٥٤. ومعنى لايغلق الرهن أى لايستحقه المرتهن، إذا عجز صاحبه عن فكه، فقد كانت عادات العرب في الجاهلية أن الراهن إذا عجز عن أداء ماعليه من دين خرج الرهن عن ملكه واستولى عليه المرتهن، فأبطله الإسلام ونهى عنه، ومعنى له غنمه أى له زيادته، وعليه غرمه أى أن عليه نفقته، أنظر: سبل السلام للصنعانى، المرجع السابق، جـ٣ ص٨٧٠ ومابعدها.

. إلخ . يعطى هذا الحق، وهو حق الانتفاع بالمرهون، للراهن لأنه هو الذى يتحمل نفقته الضرورية أما النفقات التأجيرية أو نفقات الإدارة والاستغلال فيقع عبؤها على عاتق المرتهن[١] .

المذهب الثانى : ذهب إلى أنه لايجوز انتفاع الراهن بالمرهون، ولايلزم من إذن المرتهن له جواز ذلك، فلو أذن المرتهن للراهن في الانتفاع بالمرهون بطل الرهن حتى ولو لم ينتفع الراهن. وهذا مذهب المالكية[٢] .

واستدلوا على ذلك بأن تصرف الراهن في الرهن بإذن المرتهن يبطل الرهن من أصله، والإذن بالتصرف كالتصرف بالإذن يصير معه الدين بلارهن، فإذا بطل الرهن بمجرد الاذن، فإن الدين يصير بلارهن، حيث يعتبر الإذن في ذلك بمثابة تنازل من المرتهن عن حقه في حبس المرهون، ولكن يجوز للراهن أن ينيب المرتهن في الانتفاع بالرهن لحساب الراهن حتى لاتتعطل منافع الرهن، لكراهة ذلك شرعا، فإذا عطل المرتهن استغلال المرهون، كإغلاق الدار، فقد اختلف فيه أصحاب هذا الرأى على قولين : الأول يقضى بتضمين المرتهن أجرة المثل عن مدة التعطيل، والثانى عدم الضمان، لأنه لايلزمه استغلال المرهون لمصلحة الراهن[٣] .

---

(١) راجع تفصيل ذلك. د. عبد السلام السكرى، المرجع السابق، ١٢١ ومابعدها، وأنظر أيضاً: التهذيب، المرجع السابق، ص٧٥، المعونة على مذهب عالم المدينة، المرجع السابق، ص١٥٢، وأنظر المادة ٩٨٦ من مرشد الحيران.

(٢) حاشية الدسوقى، المرجع السابق، ص٢٤١، بداية المجتهد، المرجع السابق، ص٢٤٧.

(٣) حاشية الدسوقى، المرجع السابق، ص٢٤١ ومابعدها، د. عبد السلام السكرى، المرجع السابق، ص١٢٩.

والقول الأول هو الأولى بالاتباع، حتى لايقف المرتهن عقبة في طريق استغلال المال المرهون، فيكون الرهن جزاء يقع على عاتق صاحبه، في الوقت الذى شرع فيه استيثاقا بحق الدائن المرتهن، فلايكون طريقا لاضرار المدين الراهن.

المذهب الثالث : ذهب إلى أنه يجوز للراهن أن ينتفع بالمرهون مطلقا، أى سواء أذن له المرتهن بذلك أو لم يأذن، لكن ذلك شريطة ألا يترتب عليه نقص بالمال المرهون، فهذا النقص يؤدى إلى الاضرار بحق المرتهن، فالركوب والاستخدام والسكنى واللبن والحمل على الدابة أو السيارة كل ذلك جائز للراهن الانتفاع به، حيث أن منافع الرهن ونماءه ملك للراهن، ولايؤثر ذلك في أصل المال المرهون، ومن ثم لايلحق المرتهن به ضررا فإن لحق به ضررا بسبب هذا الانتفاع فليس للراهن حق الانتفاع في هذه الحالة وهذا هو مذهب الشافعية[1] .

واستدلوا على ماذهبوا إليه بحديث «لايغلق الرهن من صاحبه . .» فلايجوز لأحد أن يمنع صاحب الرهن من الانتفاع به، فليس للمرتهن أن يمنعه ذلك، ومن ثم فإنه يجوز للراهن أن ينتفع به لكن على وجه لاتنقص به قيمة المرهون، ولايتضرر به المرتهن، وللمرتهن ألا يدفع الرهن للراهن للانتفاع به إلا بشاهدين إذا خاف إنكاره، وإن خاف خيانته دفعه إلى الحاكم حتى يؤاجره ويدفع الأجرة إليه. فإن أمكن الراهن الانتفاع بالمرهون بغير استرداد كإيجار آلة عند المرتهن لم يسترد المرهون من المرتهن، وإذا لم يمكن الانتفاع به بغير استرداد، فيسترده للحاجة إليه ثم يرده إلى المرتهن بعد ذلك[2] .

---

(١) التهذيب، المرجع السابق، ص٧٤ ومابعدها، المهذب، المرجع السابق، ص٢١٨ .

(٢) الأم للشافعى، جـ٣ ص١٥٥ .

وخلاصة القول في شأن انتفاع الراهن بالشيء المرهون أن الفقهاء أجازوا ذلك، لأنه يمثل أصلا شرعيا وهو أن صاحب الشيء له أن ينتفع بملكه، لكنهم اختلفوا في كيفية جواز ذلك.

فالحنفية والحنابلة يجيزون هذا الانتفاع متى أذن بذلك المرتهن، فإن لم يأذن ارتفع ضمان المرتهن وكان الراهن غاصبا. بينما يجيز المالكية هذا الانتفاع للراهن حيث أجازوا له أن ينيب المرتهن في الانتفاع لحسابه، وفي ذلك جواز للانتفاع من قبل الراهن ولكن بطريق غير مباشر. أما الشافعية فإنهم أجازوا للراهن الانتفاع بالمرهون مطلقا دون إذن من المرتهن بشرط عدم نقصان المرهون والحاق الضرر بالمرتهن. وبهذا يتضح أن خلاف الفقهاء في انتفاع الراهن بالشيء المرهون هو خلاف في كيفية الانتفاع لافي جوازه من حيث الأصل.

الفرع الثاني: انتفاع المرتهن بالشيء المرهون

إن من أهم أهداف تشريع الرهن هو فك كربة المكروب، وتيسير المعاملات بين الناس. وفي نفس الوقت نجد أن الشارع الحكيم يحافظ على أموال الدائنين حتى لاتضيع عليهم، لذا فإنه حث على الأمانة والوفاء بها، فالمدين مؤتمن على الدين، والدائن مؤتمن على المرهون، وكلاهما مدعو إلى أداء ماؤتمن عليه. بيد أن المرتهن متبرع بماله لفك كربة الراهن، ولهذا كان عقد الرهن جائزا، فإذا انتفع المرتهن بالمرهون فليكن ذلك موافقا للحق والعدل، بعيدا عن الربا أو شبهة الربا، ومن ثم فإن استغلال حال الراهن من قبل المرتهن بهدف تأجيل الدين مثلا أو الحصول على منافع زائدة من وراء هذا

الرهن يعد من الربا المحرم شرعا، ويكون من باب القرض الذى جر نفعا. غير أن نفس المؤمن تأبى ذلك بحال من الأحوال، ولهذا فإن انتفاع المرتهن بالشيء المرهون يحاط بهالة من الضوابط والتفصيلات التى تنأى بمال المرتهن عن الدخول في الربا المحرم شرعا. خاصة وأن هناك اتفاقا بين الفقهاء على أن منافع المرهون وزوائده إنما تكون على ملك صاحبه الراهن لا المرتهن، فإذا ماأردنا إعطاء المرتهن شيئاً من ذلك فإن ذلك لايكون إلا بضوابط شديدة تجعل من أخذه إياها حلا مباحاً.

ويلاحظ أن المال المرهون إما أن يكون عينا أو دينا، والأعيان إما أن تكون مركوبة أو محلوبة، كالجمال والماشية أو غير ذلك. والانتفاع المراد إما أن يكون مأذونا فيه من قبل الراهن أم لا، وإما أن يشترطه المرتهن لنفسه في عقد الرهن أو لايشترطه.

ويمكن القول بداية أنه باستقراء مذاهب الفقه الإسلامى في انتفاع الدائن المرتهن بمحل الرهن، يتبين أن فقهاء المسلمين اتفقوا على أن عين الرهن ومنافعه ملك للراهن، وليس للمرتهن إلا حق استيفاء دينه من ثمن محل الرهن، إذا تعذر على الراهن وفاء الدين للمرتهن عند حلول ميعاد السداد، مقدما به على سائر الغرماء. كما اتفقوا على أنه لايحل للمرتهن الانتفاع بمحل الرهن إذا لم يأذن له الراهن في ذلك وكان محل الرهن ديناً. لأنه في هذه الحالة يكون من باب القرض الذى جر نفعا، والإذن يرفع ذلك، بدليل قول الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾[1].

---

(١) سورة النساء الآية رقم ٢٩.

فالتراضى في الآية معناه الإذن بذلك من قبل الراهن، وقيد التجارة في الآية جرى مجرى الغالب من الأمور[1] .

وفي ذلك يقول صاحب المغنى الكلام في هذه المسألة في حالين أحدهما: مالايحتاج إلى مؤنــة ـ سواء كان دينا أو عينا لايحتاج إلى مؤنة ـ كالدار والمتاع ونحوه، فلايجوز للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهــن بحــال. لانعلــم في هــذا خلافــاً[2] .

غير أن الفقهاء اختلفوا فيما إذا كان محل الرهن عينا لايحتاج إلى مؤنة وأذن الراهن للمرتهن في الانتفاع، وذلك على أقوال يمكن ايضاحها فيما يلى: ـ

القــول الأول : ذهب إلى جواز انتفاع المرتهن بمحل الرهن إذا أذن له الراهن في ذلك انتفاعا مطلقا، سواء كان الدين قرضا أم غير قرض، وسواء كان الانتفاع مشروطا في عقد الرهن أم غير مشروط. وقد قال بهذا الرأى بعض الحنفيــة حيث يرون أن الراهن مــالك لمنافع المرهون، فله أن يملكهــا لغيــره. فــإذا أذن للمرتهن بالانتفــاع فقد أباح له ذلك، وحل له الانتفــاع بالمرهون، وصار كأن الراهن متبرعا بالمنفعة للمرتهن، والهبة مشروعة كما أن

---

(١) راجع بالتفصيل: مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير، للامام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن على التميمى البكرى الرازى الشافعى المتوفى سنة ٦٠٦هـ، المجلد الخامس، دار الغد العربى، ص١٧٢ ومابعدها.

(٢) المغنى، المرجع السابق، ص٤٦٧ وأنظر كذلك: حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص٤٨٢ الشيخ/ على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، المرجع السابق، ص٤٧٠، المادة ٧٤٣، ٧٤٨ من مجلة الأحكام العدلية، والمادة ٩٨٥ من مرشد الحيران.

عقد الرهن يفيد ملك الحبس لاملك الانتفاع، ومن ثم فإن انتفاع المرتهن بمحل الرهن دون إذن الراهن يعد غصبا له(١).

القول الثاني: ذهب إلى عدم الجواز مطلقاً، سواء كان الدين قرضا أم غير قرض، وسواء كان الانتفاع مشروطا في عقد الرهن أم غير مشروط، حتى ولو أذن له الراهن بذلك. إذ الإذن في هذه الحالة لايتمخض عن رضا واختيار، إذ قد يكون الإذن بدافع الحاجة، ولايحل لمسلم أن يأخذ مال أخيه إلا بطيب نفس منه، والواضح أن طيب النفس في هذه الحالة غير متوافر، والنبى ﷺ يقول: «لايغلق الرهن من صاحبه..» الحديث وفي هذا نص صريح على أن منافع الرهن ملك للراهن وحده، فلايباح للمرتهن شىء منه إلا إذا وجد دليل صحيح يقوم على إباحته، وهو غير متحقق هنا. وممن ذهب إلى هذا الرأى الامام الشافعى في الصحيح عنده، وهو قول لبعض الحنفية(٢).

وفي رواية أخرى للشافعية أن المرتهن إذا اشترط الانتفاع لنفسه في عقد الرهن أو شرطه له الراهن، فالشرط باطل، وهل يفسد الرهن؟ قولان: أحدهما: بطلانه، لأنه يصير الدين بلارهن، ولاخيار للمرتهن في هذه الحالة، وثانيهما: أنه لايبطل لأن الرهن تبرع، ومثل هذا الشرط يصير تبرعا آخر،

---

(١) المبسوط للسرخسى، المرجع السابق، جـ٢١ ص١٠٦.

(٢) الأم للشافعى، جـ٣، ص١٦٣ ومابعدها، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص٤٨٢ حيث جاء فيها «وقيل لايحل للمرتهن قال في المنح: وعن عبد الله محمد بن أسلم السمرقندى وكان من سحبا علماء سمرقند أنه لايحل له أن ينتفع بشىء منه بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن، لأنه أذن له في الربا، لأنه يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا، فيكون ربا، وهذا أمر عظيم.

سواء من قبل الراهن أو من قبل المرتهن، فإذا لم يلزم الشرط لايبطل الرهن[1] .

القول الثالث : ذهب إلى أنه لايجوز للمرتهن أن ينتفع بمحل الرهن بغير عوض، إذا كان دين الرهن قرضا، لأن القرض يجر منفعة وذلك حرام، أما إن كان الانتفاع بعوض، كما لو استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباه، جاز في القرض وغيره، كما يجوز للمرتهن الانتفاع بمحل الرهن إذا اشترط ذلك لنفسه على أن يحسب المقابل للانتفاع من أصل الدين، وذلك بشرطين: أن تكون مدة الانتفاع معينة، وأن يكون الانتفاع في الرهن عن عقد بيع لاعقد قرض. وقد ذهب إلى هذا الرأى المالكية والحنابلة[2] .

وبهذا يتضح أقوال الفقهاء فيما إذا كان محل الرهن عينا لايحتاج إلى مؤنة، ويبدو لنا أن الراجح من هذه الأقوال أن انتفاع المرتهن بالمال المرهون إما أن يكون بعوض أو بغير عوض، فإن كان بعوض فإن انتفاع المرتهن بالمرهون جائز، إذا كان بأجر المثل أو تحرى العدل، فإن كان بأقل من أجر المثل فإنه لايجوز، لوجود شبهة الربا فيه، لأن الفرق بين الأجر المبذول وأجر المثل يكون فضلا خاليا عن العوض وهو لايجوز، يستوى في ذلك أن يكون العوض مبذولا أو مخصوما من الدين المضمون، فالانتفاع في هذه الحالة جائز، طالما أذن له الراهن بذلك.

---

(١) التهذيب، المرجع السابق، ص٧٩ ومابعدها، الحاوى الكبير للماوردى، المرجع السابق، ص٣٦٣.

(٢) حاشية الدسوقى، المرجع السابق، ص٢٤٦ ومابعدها. المغنى لابن قدامة، المرجع السابق، ص٤٦٧.

أما إذا كان انتفاع المرتهن بالمرهون بغير عوض، فنرى أن ذلك لايجوز مطلقاً، لأن الانتفاع في هذه الحالة إما أن يكون ربا أو شبهة الربا، والأحرى بحال المسلم أن ينأى بنفسه عن الوقوع في ذلك. وهذا هو الراجح من وجهة نظرنا ـ على الأقل ـ.

هذا إذا كان محل الرهن عينا لايحتاج إلى مؤنة، فإن كان يحتاج إلى مؤنة، كما لو كان حيوانا مركوبا أو محلوبا أو صالحا للخدمة، فإن الفقهاء اختلفوا فيه أيضا، وهل يجوز للمرتهن الانتفاع بالمرهون في هذه الحالة، سواء أذن له الراهن بذلك أو لم يأذن، وذلك على أقوال:

الأول: لايجوز انتفاع المرتهن بمحل الرهن المركوب أو المحلوب أو الصالح للخدمة، إذا لم يأذن له الراهن بالانتفاع ركوبا أو حلبا أو خدمة مطلقا، سواء أكان الانتفاع بقدر نفقة محل الرهن أم أزيد منها، وسواء كان الانفاق على محل الرهن بسبب امتناع الراهن عن الانفاق عليه أو لغيبته، أم كان مع عدم امتناعه وقدرته وحضوره، وقد ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء، مستدلين بحديث «لايغلق الرهن من صاحبه..» حيث جعل الرسول ﷺ الغنم للراهن، والغرم عليه، ولاشك أن المنافع من غنمه، فلايصح للمرتهن أن ينتفع بشيء منها بدون إذن مالكها، بلاتفرقة بين مركوب ومحلوب وغيره. ومن ثم فإنه يتفرع عن ذلك بأنه إذا انتفع المرتهن بإذن الراهن وهلك الرهن حالة الاستعمال، فإنه يهلك أمانة بلاخلاف[1].

---

(١) أنظر: بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص٢١٩ ومابعدها، حاشية ابن عابدين، المرجع السابق، ص٤٨٢، حاشية الدسوقى، المرجع السابق، ص٤٦، بداية المجتهد، ==

الثانى : يجوز انتفاع المرتهن بمحل الرهن المركوب أو المحلوب بقدر النفقة التى يقوم بها مع تحرى العدل في ذلك ، سواء كان الانفاق على محل الرهن لامتناع الراهن أو غيبته ، أو كان مع عدم امتناعه وحضوره وقدرته ، وقد ذهب إلى ذلك الحنابلة في رواية راجحة ، مستدلين بحديث أبى هريرة الذى رواه الإمام البخارى ، وفيه بقول النبى ﷺ «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة»[1] وواضح من نص الحديث أن المنفعة تكون على قدر النفقة ، وإذا كانت النفقة على المرهون واجبة على الراهن ، فإنه إذا قام بها المرتهن بإذن منه أو بغير إذنه ، فإن منافعه تكون للمرتهن كما كانت المنافع للراهن لو قام بالإنفاق[2] .

الثالث : يجوز انتفاع المرتهن بمحل الرهن المركوب أو المحلوب أو الصالح للخدمة ركوبا وحلبا وخدمة بقدر النفقة إذا امتنع الراهن عن الانفاق ، وإذا ثبت تعنته في عدم الانفاق على المرهون ، فللمرتهن الانتفاع

== المرجع السابق ، ص٢٤٧ ، التهذيب ، المرجع السابق ، ص٧٤ ومابعدها ، المغنى لابن قدامة ، المرجع السابق ، ص٤٦٧ .

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، جـ٥ ص١٤٣ ، نيل الأوطار ، جـ٥ ص٣٥٣ .

(٢) المغنى لابن قدامة ، المرجع السابق ، ص٤٦٨ . حيث ذكر مانصه «الحال الثانى مايحتاج فيه إلى مؤنة ، فحكم المرتهن في الانتفاع بعوض أو غير عوض بإذن الراهن كالقسم الذى قبله ، وإن أذن له في الانفاق والانتفاع بقدره جاز لأنه نوع معاوضة . وأما مع عدم الاذن فإن الرهن ينقسم قسمين ، محلوبا ومركوبا وغيرهما . فأما المحلوب والمركوب فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر النفقة ، متحريا في ذلك العدل ، نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وأحمد بن القاسم واختاره الخرقى وهو قول اسحاق ، وسواء انفق مع تعذر النفقه من الراهن لغيبته أو امتناعه عن الانفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه» .

مهما بلغت قيمة هذا الانتفاع، أى لاتتقيد المنفعة بقدر النفقة وقد ذهب إلى ذلك الظاهرية وبعض الحنابلة[1] على أن ذلك حكم خاص بالحيوان المركوب أو المحلوب، فلايصح الانتفاع بغير ذلك أى لايقاس على الركوب والحلب في الانتفاع بالمرهون[2].

هذه هى أقوال الفقهاء في انتفاع المرتهن بمحل الرهن الذى يحتاج إلى مؤنة، وإذا كنا قد رجحنا قبل ذلك جواز انتفاع المرتهن بمحل الرهن الذى لايحتاج إلى مؤنة أو نفقة إذا كان بعوض خروجا من الربا أو شبهة الربا، وقد يتمثل هذا العوض في خصم عائد الانتفاع من قيمة الدين المضمون، فإننا نرى في هذه الحالة ـ إذا كان محل الرهن يحتاج إلى مؤنة أو نفقة أن الراجح هو جواز انتفاع المرتهن بالشيء المرهون إذا أذن له الراهن في ذلك، إعمالا لحديث «لايغلق الرهن من صاحبة» ويكون بدل الانتفاع في هذه الحالة إما مدفوعا أو مخصوما أيضا، على أن يحمل حديث «الظهر يركب بنفقته . .» على ماإذا امتنع الراهن من الانفاق على المرهون، وحينئذ يباح للمرتهن أن ينفع دون دفع مقابل ودون خصم من الدين، وذلك بشرط العدل والتحرى فيه بين ماينفقه ومايتنفع به، وذلك حفاظا لحياة الحيوان وإبقاء لماليته، حيث حرم الاسلام اتلاف المال وإضاعته أيا كان سبب ذلك[3].

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى، جـ٨ ص٤٨٤ كشاف القناع للبهوتى، جـ٣ ص٣٤٢.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للامام القرطبى، جـ٢ ص١٣١٩، نيل الأوطار للإمام الشوكانى، جـ٥، ص٣٥٤ حيث حققا ـ رحمهما الله ـ هذه المسألة.

(٣) راجع: نيل الأوطار، المرجع السابق، ص٢٥٣، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص١٣٢٠.

خلاصة ومقارنة :

مما سبق يتضح أن انتفاع المرتهن بالشيء المرهون وحصوله على منافعه نتيجة استعماله أو استغلاله هو مايسمى في الفقه القانونى باستثمار الشيء المرهون ، ويزيد عليه حصول المرتهن لنفسه على ثمرات المرهون أو خصمها من المستحق له .

وقد اتفق الفقهاء على أن عين الرهن ومنافعه ملك للراهن ، وأن المرتهن ليس له إلا حق استيفاء دينه من ثمن المرهون إذا تعذر على الراهن وفاء الدين للمرتهن عند حلول أجل الدين ، مقدما به على سائر الغرماء . كما اتفقوا على أنه لايحل للمرتهن الانتفاع بشيء من المرهون إذا لم يأذن له الراهن ، ولم يكن المرهون حيوانا مركوبا أو محلوبا أو صالحا للخدمة . غير أنهم اختلفوا في موضعين . أحدهما : انتفاع المرتهن بالمرهون إذا أذن له الراهن في الانتفاع . والثاني : انتفاع المرتهن بالمرهون إذا لم يأذن له الراهن في الانتفاع وكان المرهون حيوانا مركوبا أو محلوبا أو صالحا للخدمة .

أما انتفاع المرتهن بالشيء المرهون بإذن الراهن ، فهو غير جائز لدى بعض الفقهاء ، على أساس أن منافع الرهن ملك للراهن في الأصل ، وإذن الراهن للمرتهن بالانتفاع بالشيء المرهون لاعبرة به لأنه لم يصدر عن كمال واختيار وطيب نفس ، وإنما صدر لحاجة الراهن للدين ، فضلا عن أن الدين إذا كان قرضا وأذن الراهن للمرتهن في الانتفاع ، كان هذا قرضا جر نفعا ، وكل قرض جر نفعا فهو ربا ، والربا منهى عنه شرعا . غير أن بعض الفقهاء أجاز انتفاع المرتهن بالشيء المرهون إذا أذن له الراهن ، على أساس أن منافع الرهن

ملك للراهن، فله أن يملكها لغيره، فإذا أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع فإن هذا يعد بمثابة هبة المنفعة للمرتهن، والهبة مشروعة، وخاصة إذا كان الإذن من الراهن للمرتهن بالانتفاع بالمرهون غير مشروط في العقد أو بعده، فإن كان مشروطا، فلايجوز انتفاع المرتهن بالشيء المرهون، لأن هذا الاشتراط يجعل من الانتفاع ربا أو شبهة ربا، والإذن لايحل الربا في هذه الحالة. والبعض الآخر من الفقهاء أجاز انتفاع المرتهن بالشيء المرهون إذا كان هذا الانتفاع بعوض، وتم تقديره من غير محاباه مع مراعاة العدالة وتحريها في هذا التقدير، وهذا الذى رجحناه وأجزناه، لأن العوض في هذه الحالة ينفى شبهة الربا، في الوقت الذى لاتتعطل فيه أموال الراهن، ومن ثم لايتعرض لأضرار، يستوى أن يكون العوض مدفوعا أو مخصوما ـ كما ذكرت آنفا ـ. وهو الراجح في نظرنا أيضا في الفقه القانونى الذى يتسع ليشمل ذلك.

على أن جمهور الفقهاء أجازوا للمرتهن الانتفاع بالشيء المرهون ولو بغير إذن الراهن، إذا كان المرهون حيوانا مركوبا أو محلوبا أو صالحا للخدمة، غير أن البعض قيد جواز الانتفاع في هذه الحالة بامتناع الراهن من الانفاق على المرهون، ويكون الانتفاع في مقابل النفقة في رأى، بينما يكون بقدر النفقة في رأى آخر، بحيث أن مازاد على ذلك يكون للراهن.

ومعنى ذلك فإن من يجيز للمرتهن الانتفاع بالشيء المرهون مطلقا أو مقيدا، يجيز له ـ في هذه الحدود ـ استثمار الشيء المرهون للحصول على منافعه. أما من لايجيز له ذلك، فإنه لايجيز له استثمار الشيء المرهون، ومن ثم تتعطل منافع هذا المال لوجوده في حوزة المرتهن، وهو ممنوع من الانتفاع به، ولما كانت مصلحة الراهن تتمثل في استغلال المال المرهون، في الوقت

الذى لم يأذن للمرتهن بالاستغلال، فقد أجاز البعض للراهن أن يطلب من المرتهن استغلال الشيء المرهون، حتى لاتتعطل منافعه، وعندئذ يضمن المرتهن تعطيل هذه المنافع إذا لم يتخل عن حيازة المال المرهون أو لم يقم بنفسه بالاستغلال بالرغم من عدم الاذن له بذلك. وقد رجحنا جواز انتفاع المرتهن بالمال المرهون إذا كان محل الرهن حيوانا مركوبا أو محلوبا، ولو لم يأذن بذلك الراهن، حتى لاتتعطل منافع المرهون، على أن يكون ذلك بمقابل مدفوع أو مخصوم.

بيد أن القانون هو الآخر لايجيز للمرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل، ويوجب على المرتهن استثمار المال المرهون ولو لم يأذن بذلك الراهن، على أن يخصم الغلة العائدة من الانتفاع من المصروفات والفوائد وأصل الدين، بالترتيب الذى ذكرناه، وهذه الأحكام في الفقه القانونى تعنى أن القانون يعتبر منافع الشيء المرهون ملك للراهن، وهو الأمر المجمع عليه في الفقه الإسلامى. ولو أذن الراهن للمرتهن بالانتفاع بالشيء المرهون في القانون دون مقابل، كان هذا الاذن باطلا. وإن أجازه بعض فقهاء المسلمين لكن بالقيود التى ذكرناها.

ولم يترك القانون استثمار الشيء المرهون خاضعا لإذن الراهن فيه، وإنما أوجبه على المرتهن ولو لم يأذن به الراهن، حتى لاتتعطل منافع الشيء المرهون. أما خصم الغلة من المصروفات والفوائد والدين، فإنه باستثناء الفوائد الربوية المحرمة شرعا، فقد أجاز رأى في الفقه الإسلامى هذا الخصم، بينما ذهب رأى آخر إلى عدم الخصم بغير رضا الراهن حتى ينتفع بأجل الدين كاملا مع ثمرات ملكه. وعلمنا أن فكرة الخصم المقررة قانونا هى الراجحة من

وجهة نظرنا في الفقه الإسلامى، وكما ذكرت غير مرة سواء كان العائد مدفوعا، أى غير مخصوم، ومن ثم يستفيد الراهن بكامل أجل دينه، أو مخصوما من الدين، ومن ثم يستفيد الراهن أيضا بتقليل جزء من الدين، خاصة إذا كان هذا الدين يحسب له فوائد. ففى كلا الحالتين يعود أثر الانتفاع على الراهن لاالمرتهن، لأنه المالك للمال المرهون ومن ثم يعود عليه غلته.

* * *

الخاتمة

يجدر بنا في نهاية هذا البحث الشائك والمتشابك أن نقرر أنه لايجوز شرعا وقانونا الانتفاع بالمال المرهون دون مقابل، وكل صورة تؤدى إلى الانتفاع دون مقابل ينبغى أن نجد لها مخرجا يخرجها عن دائرة التعامل بين الناس الآن، خاصة وأن صور القرض الذى يجر النفع في هذا الزمان كثيرة، وحرى بنا كمسلمين أن ننأى بأنفسنا عن كل صورة تؤدى بنا إلى الربا أو شبهة الربا، وهذا هو الذى أردت الوصول إليه شرعا وقانونا، وأقوال فقهاء المسلمين في هذا الصدد واضحة، بل وتسعى هذه الأقوال للخروج من ضيق وكربة الراهن إلى سعة ورحمة المرتهن، وماشرع الرهن إلا لذلك، فقد شرع أصلا لفك كربة المكروبين، ولاينبغى أن تكون هذه الكربة وسيلة استغلال لحاجة المدين الراهن، بل العكس ينبغى أن تكون وسيلة رحمة وسعة وفك كربة من جانب المرتهن، ولهذا فإن أية صورة تخرج عن هذا الإطار هى في نظر الفقه الإسلامى مكروهة، إن لم تكن حراما.

بيد أن الفقه القانونى أيضا قد نشد هذا الغرض النبيل، وعمل على الوصول إليه بكل ممكن، وسد الطريق أمام استغلال المرتهن لحاجة الراهن، بل وعلى العكس من الفقه الإسلامى، أوجب على المرتهن استغلال المال المرهون لمصلحة الراهن في كل الأحوال، ويكون ذلك بطريق مباشر هو طريق المقاصة الاختيارية بين مايغله المال المرهون وبين الدين المضمون، لاختلال أحد شروط المقاصة القانونية، وهو كون الدينين مستحقى الأداء، حيث شرع الرهن استيثاقا بالدين الآجل. ولهذا نجد أن هدف كل من الفقه الإسلامى والفقه القانونى متحدا ومتشابها في جعل الرهن من باب الرأفة والرحمة لامن باب السخط والنقمة.

والله ولى التوفيق وهو الهادى إلى سواء السبيل

قائمة المراجع

أولاً : مراجع الفقه الإسلامى[1]

١ ـ القرآن الكريم وعلومه

* الجامع لأحكام القرآن للإمام أبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبى ، طبعة دار الشعب بالقاهرة .

* مفاتيح الغيب أو التفسير الكبير ، للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن على التينى البكرى الرازى الشافعى ، دار الغد العربى .

٢ ـ السنة النبوية

* سبل السلام شرح بلوغ المرام للإمام محمد بن إسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى المعروف بالأمير ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان .

* سنن أبى داود للإمام الحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدى السجستانى ، إصدار دار الكتب العلمية ، بيروت .

* سنن ابن ماجة للإمام الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ، إصدار المكتبة العلمية ، بيروت .

* صحيح مسلم بشرح النووى للإمام محى الدين أبى زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

* فتح البارى بشرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى ، الطبعة الأولى ، دار الريان للتراث .

---

(١) تم الترتيب هجائياً بإعتبار المؤلف لشهرته .

* نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار بشرح منتقى الأخبار للشيخ محمد بن على بن محمد الشوكانى، دار الحديث، القاهرة.

٣ ـ **كتب اللغة والمعاجم**

* المعجم الوسيط، تأليف مجمع اللغة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة.

* المفردات في غريب القرآن لأبى القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهانى، مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٤ ـ **كتب المذاهب الفقهية**

* الأم للإمام محمد بن إدريس الشافعى، طبعة دار المعرفة ببيروت.

* بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى، دار الفكر العربى.

* بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبى، القاهرة.

* بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ أحمد الصاوى على الشرح الصغير للدردير، دار إحياء الكتب العربية.

* التهذيب في فقه الإمام الشافعى للإمام أبى محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوى، دار الكتب العلمية.

* حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، للشيخ شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقى، دار إحياء الكتب العربية.

* حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للشيخ محمد أمين الشهير بإبن عابدين، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.

* الحاوى الكبير للإمام أبى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.

* كشاف القناع على متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتى، مكتبة النصر بالرياض.

* المبسوط لشمس الدين السرخسى، دار المعرفة للطباعة، بيروت.

* المحلى لإبن حزم الظاهرى للإمام أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم، مكتبة الجمهورية العربية، ١٩٦٧ القاهرة.

* المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضى أبى محمد عبد الوهاب على بن نصر المالكى، دار الكتب العلمية.

* المغنى والشرح الكبير على متن المقنع لموفق الدين بن قدامة وابن قدامة المقدسى، المكتبة التجارية، مكة المكرمة.

* مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى، دار إحياء التراث العربى، بيروت.

* المهذب في فقه الإمام الشافعى لأبى إسحاق الشيرازى، إصدار دار المعرفة، بيروت ١٩٥٩م.

* الميزان الكبرى الشعرانية، المدخل لجميع أقوال الأئمة المجتهدين ومقلديهم في الشريعة المحمدية لعبد الوهاب بن أحمد بن على بن على

الشافعى المصرى، دار الكتب العلمية .

٥ - كتب حديثة

* أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، دار الفكر العربى، الطبعة الأولى ١٤١٧ هـ - ١٩٩٦م .

* رسالة في الرهن، محمد محمد خطاب، نال بها درجة العالمية من قسم الشريعة الإسلامية بجامعة الأزهر، أله كاتبة، ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٧م .

* الرهن وأحكامة وصور من المعاملات المعاصرة في الفقه الإسلامى دراسة مقارنة للمرحوم/ عبد السلام السكرى، دار الطباعة المحمدية، ١٩٨٩م .

* المذاهب الفقهية للشيخ/ إبراهيم الشهاوى، القسم الثانى، ١٩٧٣م .

٦ - دوريات ومجموعات

* مجلة الأحكام العدلية للمرحوم/ سليم رستم باز اللبنانى .

* مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد قدرى باشا .

ثانياً: مراجـع الفقـه القانـونى[1]

١- كتـب ومؤلفـات

* د. توفيق حسن فرج، التأمينات الشخصية والعينية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٤م.

* د. رأفت محمد حماد، المركز القانونى للعدل في الرهن الحيازى في القانون المدنى المصرى، ١٩٨٨م.

* د. سليمان مرقص، التأمينات العينية في القانون المدنى الجديد، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٩م.

* د. سمير تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، ١٩٨٥م.

* د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدنى، منشأة المعارف، ١٩٥٩م.

* د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدنى، جـ١٠ في التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م.

* د. عبد السميع أبو الخير، إلتزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون وإستثماره في الفقه الإسلامى والقانون المدنى، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م.

---

(١) تم الترتيب هجائيا بإسم المؤلف لشهرته.

* د. عبد المنعم البدراوى، التأمينات العينية، ١٩٨٩م.

* د. عبد الفتاح عبد الباقى، الوسيط في التأمينات العينية، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٤م.

* د. عبد الناصر العطار، التأمينات العينية، ١٩٨٠م.

* د. محمد على الفقى، إستثمار الدائن للمرتهن وإدارته لمحل الرهن الحيازى، دارالنهضة العربية، ١٩٩٧م.

* د. محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، ١٩٧٥م.

* د. محمود جمال الدين زكى، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩م.

* د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، المطبعة العالمية، ١٩٦٣م.

* د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٢م.

٢ ـ مجموعات ودوريات

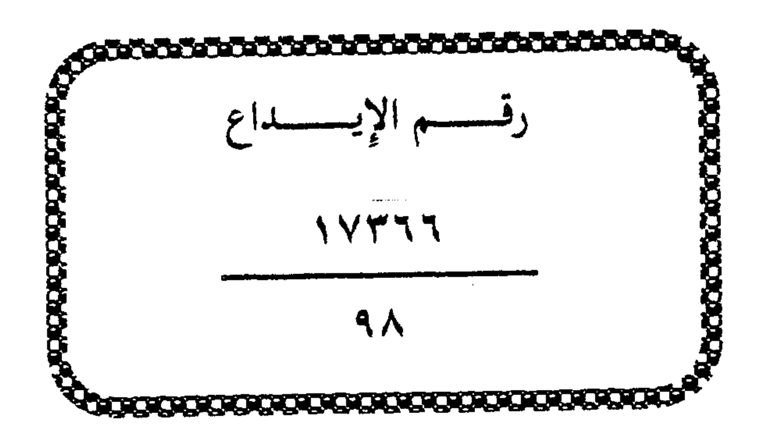
* مجموعة أحكام النقض المصرية.

* مجموعة الأعمال التحضيرية.

* مجموعة القواعد في ٢٥ عاماً.

☆ فهرس الموضوعات ☆

الموضــــــوع	الصفحة


رقـــم الإيـــداع

١٧٣٦٦

٩٨